

DISSERTATIONVM
ATQVE
PROGRAMMATVM
CRELLIANORVM
FASCICVLVS VIII.



HALAE AD SALAM
TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL.
1777.

Index diss. huius fasc.

- LXIII. *Diff. de dominio rerum sub nomine alterius emtarum & alteri adscriptarum; ad L. 3. C. si quis alteri vel sibi.* defend. Frideric. Benedict. KETTNERVS, Lips. Viteb. d. 31. Dec. 1743. pag. 1259
- LXIV. *Stillicidium altius tolli posse etiam cum damno seruientis; ad L. 20. §. 5. D. de seruit. pr. urb.* disputando euinc. Carol. Romanus REVSCHERVS, Ianishusa-Misn. Ib. d. 28. Mart. 744. 1282
- LXV. *Observationes de iure infantium.* defend. Gottlob Ernestus HERTEL, Rahnisio Osterlandus. Ib. Apr. eod. 1290
- LXVI. *Legem commissariam subastationibus tacite inesse.* pro licentia publ. defend. Ioannes Gottlieb REINHARDT, Vitemb. Ib. d. 28. Nou. 746. 1301
- LXVII. *Observationes de adoptione in locum fratris non monstrosa; ad L. 58. §. 1. D. de hered. instit.;* defend. Christian. Aug. STEMPERL, Budissa-Lusat. Ib. Sept. 748. 1317
- LXVIII. *Progr. inaug. de hypotheca; summos in vir. iur. hon.* Adam. Gottl. RÜFFERO, aduoc. & notar. publ. cæs. in Sax. el. immatricul. confer. indic. Viteb. d. 24. Nou. eod. 1348
- LXIX. *Observat. de thesauro a mercenariis aut fabris inuento; ad L. 67. D. de rei vindicat.* defend. Frideric. Guilielm. LEISNER, Plauia-Variscus. Ib. d. 12. Apr. 749. 1356
- LXX. *Observat. de thesauro a mercenariis aut fabris occultato; ad L. 3. §. II. D. de iure fisci;* publ. defend. Carol. Gottfr. SCHREIBER, Gubenfis. Ib. d. 19. Apr. eod. 1376
- LXXI. *Theses de iure optionis maxime in debitis alternatiuis; ad disputandum propon.* Georg. Frideric. SCHELCHER, Dresdens. Ib. d. 3. Sept. eod. 1386
- LXXII. *Observatt. de delictis quibus honestum initium fuit, ad L. 6. pr. D. de adquir. vel amitt. possessione; ad disp. propon.* Aug. Gottlob WINCKLER, Zinna-Misn. Ib. d. 20. Sept. eod. 1389
- LXXIII. *Observatt. de otii poena & iure magistratus in homines otiosos, ad L. 3. C. de veteranis;* defend. Ioann. Carolus LEHMANN, Lubbena-Lusatus. Ib. ad d. Iunii 750. 1407

LXIII.

DE DOMINIO RERVM
SVB NOMINE ALTERIVS
EMTARVM
ET ALTERI ADSCRIPTARVM.

AD L. III. C. SI QVIS ALTERI VEL SIBI.

VITEMBERGAE, DIE XXXI. DECEMBR. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

L. III. C. Si quis alteri vel sibi sub alterius nomine, vel aliena pecunia, emerit.

Impp. VALERIAN. & GALLIEN. A. A. & VALER C. CYRILLO.

Quamuis instrumento emtionis socrus nomen inscripseris: tamen, si, possessionem tenens, dominus effectus es, ob eam rem frustra calumniam mulieris, quamuis ipsa contractus tabulas habeat, reformidas.

§. I.

Difficile est temperamentum illud, quo cauemus, ne, dum inui- Periculum
diam veremur, in contemptum incurramus. inuidiae &
Opportune enim L. ANNAEVS contemptus.
SENeca ^{a)} admonuit, periculum esse, *ne nos timor inuidiae in contemptum* Vtrumque
transferat subinde, neue, dum calcare noluimus, ab aliis calcari posse vi- ut cauerent
deamur. Sed, cum vtrumque multis perniciosum fuerit, & *inuidia* quidem, quidam no-
quod idem ille *SENeca* alio loco ^{b)} ait, exitiale optimis quibusque telum, men alienum
non paucos inopinantes & securos disiecerit, aut procellae more, quae in vel factis su-
ipsa sereni fiducia solet emergere, aut in modum fulminis subiti, ad cuius is praetexue-
ictum etiam vicina contremiscunt, quosdam vero etiam *contemptus* depresso runt, vel cum
nomine suo
rit, coniunxe-
runt.

^{a)} *SENeca*. ep. 14. T. II. p. m. §1.

^{b)} *Id.* ep. 74. p. 280.

rit, ut reipublicae operam nauare & dignum sua virtute locum obtinere ac tueri non potuerint; quo quisque se diligentius ad bene beateque viuendum comparauit, tanto circumspectius aduersus utramque illam pestem pro salute sua excubandum & vigilandum esse iudicauit.

Sed *contemptum* quidem multi magnitudine animi, praeclaris facinoribus, virtute quadam, cui resisti non potest, inprimis sapientia & doctrina, cui tantum non omnes fauent, plerique mediocritate quadam, iucunda & amabili, vicerunt: cum efficerent, ut intelligeretur, posse ipsos, si vellent sua virtute eluctari. Hoc certe M. TULLIUS philosophos fecisse ait, c) qui illis libellis, quos de contemnenda gloria scripserant, *nomen suum inscripserunt*, ut ostenderent, se, quamuis praedicationem & nobilitatem despicerent, tamen de se praedicari, seque omnino *nominari*, velle.

Neque tamen hac via eo peruenerunt, ut, contemptu superato, *ab inuidia* etiam tuti esse viderentur. Quapropter aduersus hanc quidem aduersariam alio d) praecepto opus est, ut, qui se abscondere & fugere non possint, discant fortunam suam quam maxime in planum deferre, *rebus* per se *superbis* & inuidiosis *superbiam detrahere*, mansuetudine, humanitate, manu benigna, sibi quaedam ad futuros casus praesidia parare, & quod SENECA alio loco monet, e) *non ingerere se oculis*, praeter aliquam necessitatem, *bona sua non iactare, in sinu maxime gaudere*. Quod cum intelligerent inter Romanos non pauci, *honoris* etiam a ciuibus aut municipibus delati, quamuis conspectissimi & insignis, *inuidiam* continentia, pudore, animi moderatione, temperarunt. Inprimis, quibus *statuae*, impensa municipum, aut ordinis, decretae, cum hae oculis sponte se ingererent, & tegi prorsus, aut auferri, secundum TREBATIUM & PEGASUM, f) non possent, *honore accepto se contentos, impensam remisisse*, g) aut *honore decreti usus statuum de suo posuisse* h) aut *impendium municipibus remisisse* i) adiecerunt, quod plurimi apud IANVUM GRVTERVM litterati lapides loquuntur.

Alii, ne hoc quidem satis tutum rati, ut facilius *inuidiam* effugerent, vel operibus & factis, vel opibus & rebus suis, *alienum nomen* praetexere, quam suo uti, & *in oculos se ingerere*, aut *bona sua iactare*, maluerunt. Pauci certe imitati sunt illud *heroicum* hominis fere *ultra inuidiam positi*, qui laborauit, ut in posteris viueret,

aeneq-

c) CIC. pro Archia poeta c. II. sect. 26.

d) SENECA. de tranquill. anim. c. X.

T. I. p. 367.

e) Id. epist. 108. T. II. p. 522. sq.

f) l. 41. D. de adquir.

rer. dom.

g) GRVT. inscript. antiqu. tot. orb. Rom. T. I. p. 393. n. 8. p. 397.

n. 1. p. 256. n. 10.

h) GRVT. insc. p. 445. n. 6.

i) GRVT.

p. 390. n. 6.

Acneadasque, suo nomen de nomine, finxit k)

aut illud Romuli, qui urbem Romam condidit

— — Romanosque suo de nomine dixit. l)

Qui cauius mercari didicerunt, *re contenti*, aliis honorem reliquerunt, & secuti sunt illud P. OVIDII NASONIS. m)

Utilitas tua sit, titulus donetur amicae: ideoque conquifuerunt potius auctorem, in quem rei gestae *gratiam*, aut opulentiae suae *inuidiam*, conferrent. DIOCLETIANVS quidem tractauit de *marito*, qui, cum forte nollet inter diuites haberi & fortunas aliis *ſuſpectas* ostendere, *nomine uxoris* praedia comparauerat, ſed *nominis huius titulo* duntaxat uſus erat, cum ipſe praedia uxoris nomine coemta poſſideret l. 16. C. de *donat. inter vir. & uxor.* & ANTONINVS, ALEXANDER, VALERIANVS atque GALLIENVS praeceperunt de dominis fundorum, qui *matris, uxoris, filiorum, ſororis, nomen* inſtrumentis inſcripſerunt, ut, inter alias cauſas, forte ſuas ipſi diuitias haberent in occulto, & *utilitate contenti, inuidiam tituli* vitarent. l. 2. l. 3. 4. C. *ſi quis alteri vel ſibi.*

Alii, cum diſſimulare nomen ſuum nollent, *ne, inuidiae timore*, quod fieri plerumque diximus, quaſi abiecti & proletarii contemnerentur, ad *ſuum* etiam *alterius nomen* adiecerunt, ut, communicato fructu vel honoris vel gratiae, quaſi diuiſa praedia inuidiae, commodius elaberentur.

Nonnulli certe etiam in *donis*, quae ex voto diis deabusque, aut illis qui deorum locum obtinebant, ponebantur, ad *ſuum nomen* etiam nomen alterius aliquando adſcripſerunt, & *de ſuo atque alterius nomine* illa poni curauerunt. Occurrunt exempla eiſmodi ſexcenta. Sed, ut vnum atque alterum commemorem, apud IANVM GRVTERVM n) eſt *donarium*, cuius honorem cum marito uxor liberaliter communicauit. Si vacat, *donarium* inſpiciamus:

IVNONIBVS
AVG. SAC.
METELLA. I. DE. NOMINE
SVO. ET
T. FLAVII. HERMETIS
VIRI. SVI.
D. D

A 2

Sed

k) VIRGIL. Aen. III. v. 18.
amandi L. II. v. 293.

l) Id. ibid. I. v. 281.
n) GRVT. inſcript. antiqu. p. 24. n. 4.

m) OVID. de arte

Sed ecce etiam aliud: o)

CAECILIA. TROPHIME. STATV
AM. PIETA. TESTAMENTO. SVO.
EX ARG. P. C. SVO. ET CAECILI
SILON. MARITI. SVI. NOMINE. P. C.

Hoc non ignoravit VLPPIANVS, qui l. 5. §. 12. D. de *donat. int. vir. & vxor.* coniugibus permisit, vt donent alter alteri, *quod Deo detur, atque consecratur.* De quo loco postea commodius exponemus.

Sed neque inter coniuges communicatio illa honoris substitit, sed plures interdum complexa est, & ad fratres etiam & sorores & affines est prolata. AVGVSTVS certe, si C. SVETONIUM TRANQVILLVM audiamus p) non pauca *nomine alieno*, nepotum scilicet, *uxoris sororisque*, fecit atque dedicavit, vt porticum Basilicamque LVCII & CAII, item porticum LIVIAE & OCTAVIAE & theatrum MARCELLI. Sed haec diligentius deinceps prosequemur.

Et AVGVSTVS quidem in familia videtur substitisse. Sed GRVTERVS q) donum servavit, in quo SEXTILIA CALPVRNIO TIRONI, quem *extraneum* fuisse suspicor, adiecto eius *nomine*, honorem pietatis commodavit.

DOMINAE
ISIDI. VICTRICI
N O M I N E
M. CALPVRNII TIRONIS
ET. SVO. EX
PARTE PATRIMONII SVI
SEXTILIA. M. L. HOMVLLA
VT. FIERET. CAVIT.

Sed haec talia interdum, inter alia consilia, invidiae diluendae causa, *alterius nomini* adscripta esse, ex his, quae proxime dicemus, apparebit.

§. II.

Titulus. In- Ne quid igitur nos postea perturbet, iuvabit viam antea munire, & *terposita per-* quae *simulatio* aut *dissimulatio* veritatis, sine *doli mali* nota & ignominia, *sona permit* in negotiis *bonae fidei* imprimis, tolerata a veteribus, & *bonam fidem* non *rebatur fal-* sollicitare visa fuerit, diligenter observare. Ita nimirum veteribus, in pri- *sum aliquid* effingere in *mis* LABEONI placuit, non confestim *dolum malum* accusari posse, si *negotiis con-* aliud

o) GRVT. p. 101. n. 2. p) SVET. vita August. c. 29. q) GRVT. T. II. p. 84. n. 2.

aliud simuletur, aliud agatur: cum hoc sine dolo malo fieri ab illis videatur. rrahendis si mus, qui per dissimulationem tempori seruiunt, & vel sua vel aliena, ob- alteri con- iecto quodam titulo, tuentur l. 1. §. 2. D. de dolo malo. Certe, in emtio- trahenti hoc nibus venditionibus, si emtoris non intersit simulationes quaedam, aut non noceret. dissimulationes, atque inprimis alieni nominis obtentus, tolerantur. Nominis mu- tatio permif-

Et POMPONIUS quidem excusauit venditorem, qui fundum, *dedu- sa, si reipu- blicæ aut al- terius non interesset.* *elo usufructu*, vendidisset, sed usufructum ad TITIVM pertinere affir- *Multa licite aliis adscri- bebantur.* masset, quamuis ille non competeret Titio, sed apud venditorem esset per- mansurus. Respondit enim, *donec titius vixerit*, usufructum vendito- ris esse, neque emtorem, *quasi deceptum*, conqueri omnino posse, si usus- fructus ultra TITII tempora non retineatur: Neque enim interesse emto- ris, ut sciat, cui usufructus vere reseruetur: satis videri, quod durior ipsi conditio, quam de qua conuenerit non obiiciatur: quamuis venditor men- titus sit emtori. l. 7. D. de act. emt. vend.

Imo vero ipse M. TVLLIVS, qui de dolo malo, de simulatione, de bona fide, seuerissime præcepit, *r)* cum, in Palatio domum emturus, a P. SVLLA, tum reo, mutuum sestertium viciens tacite accepisset, & ipsi obie- ctum esset, quod pecuniam, *domus emendæ causa*, a reo accepisset, inopi- nata opprobratione commotus, accepisse se pecuniam negauit, & domum etiam se non emturum esse, professus est: sed, cum postea emisset, & in se- natu ab inimicis hoc ei mendacium obiiceretur, risit satis, & adversarios ἀκοννοήτας appellauit, qui in negotiis versari nunquam didicissent, cum ignorent, *quod prudentis & cauti patris familias officio contineatur, quod emere velit, emturus se negare, propter competitores emtionis s)*

Sed inprimis, ut diximus, *dissimulatio veri nominis* neque ad lucrum, neque ad damna, venditoris pertinere visa est, cum sufficiat, ipsi, quamuis *nomen* ignorauerit emtoris, pretium exsolui. Abscisse enim DIOCLECIVS, hominibus ingenuis dedit nominis, cognominis, prænominis, sibi aut rebus suis imponendi liberrimam omnino facultatem, adeoque & *mutationem no- minum*, quæ sine aliqua fraude, licito iure, fiat, innocentibus non pericu- losam esse, dixit, l. un. C. de mutat. nomin. Et DIVVS MARCVS, cum fratre suo, quod CALLISTRATVS observat, pro humanitate sua, rem ita temperauit, ut, si per errorem, aut sine dolo malo, huiusmodi instru- menta proferantur, proferenti ignoscatur. l. 31. D. ad legem Cornel. de falsis.

Neque vero apud veteres quidquam magis frequentatum est, quam, ut per interpositam, aut subpositam, personam, dissimulato vero nomine emtoris, emeretur. Hoc enim MARCIANVS, & HERMOGENIANVS,

A 3

arque

r) CIC. de offic. L. III. c. 14. seqq.

s) GELL. noct. Att. L. XII. c. 12. fin.

atque *VLP IANVS*, obseruauerunt, l. 46. D. de *contrah. emt.* l. 46 §. 2. D. de *iure fisci*, l. 2. §. 1. D. de *administ. rer. ad ciuit. pertinent.* *ESCAEVO-*
LA proposuit insignem speciem, qua filius, pecunia matris, illa consentiente,
 mancipia & res *mercatus, instrumenta emtionum suo nomine* confecit, l. 58.
 §. 2. D. de *donat. inter vir. vxor.* & *IAVOLENVS* hoc etiam in *don-*
ationibus imprimis obseruari, ait, vt, per *interpositam* personam, res ad il-
 lum perueniret, cui quis donare voluisset. l. 12. D. *si quid in fraud. patr.*

Dubitare igitur non possumus, ferri aliquando *simulationem* aut *dis-*
simulationem veritatis, & *obtentum nominis alieni*, si neque alterius, neque
 reipublicae, intersit, scire veritatem. Vnam, contra, speciem *Labeo* excepit,
 si, *decipiendi alterius gratia* hoc fiat, id est, si cuiquam ius commune &
 quæsitum, *obtentu alieni nominis*, extorqueatur. l. 1. §. 2. D. de *dolo malo.*
 Ideoque *nec per interpositam personam emere* omnino possunt, quibus qua-
 rundam rerum emtionis interdictae: quod *HERMOGENIANVS*, *MARCIA-*
NVS atque *VLP IANVS*, docuerunt. l. 46. §. 2. D. de *iure fisci.* & l. 46.
 D. de *contrah. emt.* l. 2. §. 1. D. de *admin. rer. ad ciu. pert.* neque *don-*
ationes legibus prohibita proderunt accipienti, quamuis *nomen alterius* subii-
 ciatur, aut per *interpositam personam* res transferatur ad accipientem. Ita
 enim *SCAEVOLA* & *IAVOLENVS* tradiderunt. l. 58. §. 2. D. de *donat.*
int. vir. & vx. l. 12. D. *si quid in fraud. patr.*

Sed imprimis in *emtionibus*, quæ *iure gentium* reguntur, si quid per
 mendacium effectum fuerit, quod, si falsum esse emtor cognouisset, aut pla-
 ne non, aut alia conditione, emturus fuisse videatur, ille, qui veritatem im-
 mutaverit, efficaciter ab aduersario conuenietur. Enimvero, secundum *IV-*
LIANVM, si quis in venditione fundi quinquaginta iugera vineæ, quinqu-
 ginta prati, esse affirmauerit, quamvis in modo & mensura fundi emtorem
 non deceperit, tamen, si de qualitate mentitus sit, & plus sit vineæ, minus
 prati, emtor ex emto habebit actionem. l. 22. D. de *act. emt. vend.* Res
 ita expedita est, vt superuacuum fuerit, in illa comprobanda laborare. Vna
 tamen species me tenet, quam *HERMOGENIANVS*. l. 49. pr. D. de *act. emt.*
vendit. tractauit. Ait enim, ex emto teneri venditorem, si *per collusionem*,
 circumueniendi emtoris causa, *imaginarium* colonum supposuerit, quam-
 uis ipse, vt excogitatam fraudem occultaret, & colonum & pensionem pro-
 missam *in fidem suam* recepisset.

Enimvero poterat videri, non interesse emtoris, a quo pensionem ac-
 ciperet, & verus an *imaginarium* colonus offerretur, si venditor ipsi cauerit
 de pensione. Sed magis est, emtoris referre, qui seductus est coloni imagi-
 narii obtentu, vt crederet fundum venditum frugi esse, & facile colonum
 inuenire, adeoque, si fraudem intellexisset, forte non emturus fuisset, aut
 certe viliori pretio emturus. Ita quidem *C. CANIVS*, eques Romanus, apud

M. TVLLIVM ^{r)} a Pythio quodam, argentario Syracusano, deceptus est, qui, cum simulasset, hortos se non facile venditurum esse, Canium in hortos suos inuitavit, & piscatores omnes conuocatos rogavit, ut ante suos hortulos illo die piscarentur: qui cum, de composito, cymbarum multitudinem in illum locum conuexissent, & pro se quisque quidquid cepissent piscium, ante pedes Pythii abiecissent, effecerunt, ut Canium incesset cupidus hortuli a Pythio emendi. Ideoque, cum interrogatus Pythius affirmasset, quotidie illo piscatores conuenire, & hac villa Syracusanos non carere posse, seduxit Canium, ut magno pretio villam ab ipso emeret, propter piscationis quam viderat, commoditatem. Sed hic quidem, cum postridie, perfecta emtione, nullos ibi piscatores inuenisset, atque ex vicinis, nullos ibi solere facile piscari, audiisset, frustra cum Pythio conquestus est; quandoquidem nondum AQUILIUS Gallus de dolo malo formulam proposuerat, qua simulationes perniciosæ & tituli imaginarii coercebantur.

Sed, ut diximus, AQUILIUS atque LABEO non ferendum esse censuerunt, si per simulationem adversarius deciperetur. Et ita accipiendus est PAPINIANVS, qui l. 13 pr. D. ad legem Corneliam de falsis, falsi nominis vel cognominis asseverationem poena falsi, ait, coerceri. Hoc enim in illis verum est, qui, decipiendi aduersarii causa, falso nomine vtuntur. Hoc cum sciat ille apud D. IUVENIUM IUVENALEM ^{v)}.

— — faciem prius inspicit, & trepidat, ne
Suppositus venias, ac falso nomine postas.

Defererem hunc locum, nisi attineret observare, quibus formulis vsi fuerint veteres, cum de rebus alieno nomine emendis disputarent. IUVENALIS enim, in hoc, quem proxime adduximus, loco, *suppositum* appellat, qui nomen alterius prætexat, & falso nomine vtatur. Et eodem sensu HERMOGENIANVS venditorem, ait, *supposuisse* colonum *imaginarium*, ut emptorem facilius circumveniret. l. 49. D. de act. emt. vendit. Sed VLPIANVS subiectis aliorum nominibus interdum emi, dicit, aut locari. l. 2. §. 2. D. de administ. rer. ad ciuit. pertin. PAVLLVS autem personam *interpositam* appellat, cuius nomen negotio, quod ad alium pertineat, accommodetur. l. 4. D. de donat. Plerique *titulum alieni nominis* dixerunt, si res per interpositam personam contraheretur. MARCELLVS quidem certe, *titulum & colorem alieni nominis* quaesitum esse, docet, si vxor viro fundum, quem marito donare voluisse, tradiderit, hoc obtentu, ut ille a parente, post mortem vxoris, filio eius redderetur. l. 49. D. de donat. inter vir. & vxor. Eadem formula OVIDIVS NASO, quod antea diximus, præcepit:

Vtilitas tua sit, titulus donetur amicæ,

vt

r) CIC. de off. III. c. 14. u) IUVEN. sat. I. v. 98. x) OVID. II. de arte amand. v. 198.

ut, quod quis ipse facere voluerit, hoc amicæ precibus maxime tribueret, & quasi ab illa impetratum, amicæ nomine supposito, fecisse videretur. Non alio sensu DIOCLETIANVS, maritum *nominis* duntaxat *uxoris titulo* usum esse, ait, qui prædia, sibi tradita, & a se possessa, *nominis uxoris* comparasset. l. 16. C. de *donat. inter vir. & uxor.* Haud multo secius accipiendi sunt *tituli amphorarum*, apud TITVM PETRONIVM ARBITRVM, y) quibus ætas vini indicanda erat, sed qui falsum plerumque consulem præferre videbantur. Ita denique apud C. SVETONIVM TRANQVILLVM z) DOMITIANVS, AVGVSTVS, plurima & amplissima opera restituit, *sub titulo tantum suo*, sine ulla memoria pristini auctoris.

Sed, quæ sub titulo *nominis alieni* facta aut emta essent, DIOCLETIANVS *nominis* alterius, ut, *filii*, aut *nominis uxoris*, *comparata* & coemta esse, dixit, l. 18. C. *fam. ercisc.* & l. 16. C. de *donat. inter vir. & uxor.* M. TVLLIVS, vero, cum adversus emtorem domus suæ verba faceret, emtorem in illis tenebris non ausum esse, ait, *nomen suum adscribere* illi emtioni, sed SCATONEM aliquem *posuisse*, qui se ædes M. TVLLII in palatio nobilissimas emisse affirmaret. a) Sed ANTONINVS habet *emtiones nomine uxoris factas a marito* l. 1. C. *si quis alteri vel sibi.* ALEXANDER, prædia, *nominis filii* emancipati aut *fratris*, emta, l. 2. & 3. C. *eod.* VALERIANVS instrumentum *emtionis*, cui *socrus nomen* sit *inscriptum* ab emtore, l. 4. C. *eod.* denique DIOCLETIANVS possessionem, cui maritus *uxoris suæ nomen accommodaverit*. l. 5. C. *eod.* & contractum *emtionis nomine suo, vel alterius, habitum*. l. 6. C. *eod.* itemque contractum *per mediam personam celebratum* l. 9. C. *eod.* SCAEVOLA commemorat agri plagam, quæ PVBLIO & GAIO, MAEVIIS, *transcripta sit*, cum ab alio esset comparata. l. 41. §. 9. D. de *leg. 3.*

Sed, ut in viam redeamus, ex his, quæ adhuc disputata sunt, intelligitur, non admitti quidem *titulum nominis alieni, si hic cuiquam*, aut publice aut priuatim, *perniciosus* esse videatur: in reliquis speciebus, in quibus neminis intersit, ut resciscat veritatem, tantisper, tolerari simulationem & ipsius etiam *falsi nominis obtentum*. In quo argumento si quis accusaverit iuris interpretes, quasi oblitos virtutis atque honestatis, quæ in omnibus rebus fidem dictorum, animam illam atque nervum omnium inter homines societatum, desiderare videatur, illum cogitare velim, iurisconsultos in istis, quos antea tetigimus, locis: non de *honestate & virtute* præcipere, sed illud vnice tractare, quando, si res in iudicium deducta sit, adversarius habere censeatur causam conquerendi *de imputatione veritatis*. Et apparet quidem, inutilem esse actionem, quæ veteri illa formula, *tua non interest*, confestim eli-

y) PETR. satyr. c. 34.
domo sua, c. 44. sect. 116.

z) SVETON. vita Domitiani, cap. V.

a) CIC. pro

elidatur. Ceterum & nostræ artis magistri probe perspexerunt, nihil vel ad perturbandum illum & distrahendum hominum *conuietum* communemque omnium societatem affligendam esse accommodatius, nihil ipsi etiam *falsi tituli* architecto exitiosius, excogitari posse, *deliberata immutatione veritatis*. Hac enim qui usus fuerit, quamvis *innocenter* mentitus esse videatur, manifestum est, illum *fidem decoquere* apud omnes bonos, qui verebuntur, ut etiam *in rebus arduis* illi possint *confidere*, a quo alios, in re innoxia, delusos esse intelligunt; & ipsa hominum societas suspecta erit, si, in vecto more, quo *aliud fieri simulatur*, *aliud agitur*, nihil omnino tutum atque certum maneat, sed semper excubandum sit & vigilandum, quasi in specula, ne in periculum & damnum alterius calliditate inducamur.

§. III.

Et profecto quidem aliquando non solum non reprehendendi sunt, sed *Quibusdam* etiam laudandi & ponendi in exemplis, *qui nomine alieno uti maluerunt, rebus nomen quam suo, in negotiis administrandis.* Ignoscendum enim videtur illis, qui, *alienum præcipue principis, ducis, licuius studio omnes maxime tenentur, constitutis operibus, quibus nomen il-berorum, palorum adscripserunt, consulere & memoriam transmittere ad posteritatem ventum, fratrum & sororum honoris & pietatis gratia adscribehatur.* Hac quidem excusatione digni sunt veteres, quos VIRGILIUS MARO tradit, *b)*

Italiam dixisse, ducis de nomine, gentem.

In qua re obsecuti sunt L. ANNAEO SENECAE, qui, *c)* cum præciperet, *In primis operibus publicis.* quæ in primis *beneficia* dari conueniat, primo necessaria, dein vtilia, proxime iucunda, *utique mansura omnino, danda esse, dixit.* Itaque illi quidem dare maluerunt *d)*

— — *æterni monumentum & pignus amoris*

Neque vero dare potuerunt aliquid minus moriturum, quam quod ipsa nominis commemoratione ad posteros propagaretur. Ita ad consolationem vilis *Europæ* pertinebat illud: *e)*

Mitte singultus, bene ferre magnam

Disce fortunam: *tua sectus orbis nomina ducet,*

& grauissimi lapsus memoriam æquiori animo reliquisset posteris Icarus, si scivisset, quod Poeta canit, se certe cecidisse

vitreo

b) VIRG. Aen. L. I. v. 537. & L. III. v. 166.

c) SENECA. L. I. de benef. c. XI.

d) VIRG. Aen. V. v. 572.

e) HORAT. III. Od. 27. v. 74. sq.

— — vitreo daturum
nomina ponto. f)

Nimirum placuit veteribus, ipsas terrarum orbis partes, ipsa maria, flumina, gentes, montes, vrbes, opera publica, mœnia, porticus, ex *illorum nomine*, quos dignissimos commemoratione iudicarent, appellare & horum quidem memoriam ipso *nomine* rerum conspectissimarum, quas ipsis adscribebant, consecrare. Quia propter mutato subinde imperio, quod VIRGILIUS MARO observauit, g) pleraque regna nomen mutauerunt

Sæpius & nomen posuit Saturnia tellus,
Tum reges, asperque immani corpore Tybris:
A quo post Itali fluuium cognomine Tybrim
Diximus: amisit verum vetus Albula nomen.

Quod, cum vereretur Iuno, ne idem *latinis* accideret, hac lege *Troianis* pacem dedit g)

Ne *vetus* indigenas nomen mutare Latinos,
Neu *Troas* fieri, iubeant, *Teucrosque* vocari:
Sit Latium, sint Albani per secula Reges.

Sed AEGAEVM quidem *mare* cui ARCHIPELAGO nomen est, ab AEGEA, Amazonum regina, quæ, si POMPEIO FESTO i) credimus, in illo periit, posteri appellauerunt. Eodem honore MISENI memoriam Aeneas illustravit, qui

— — ingenti molo sepulcrum
Imposuit, suaque arma viro, remumque tubamque,
Monte sub ærio, qui nunc Misenus ab illo
Dicitur, æternumque tenet per secula nomen. k)

Imo vero dedit hoc Aeneas etiam *nutricis* suæ memoriæ, si VIRGILIUM audimus l)

Tu quoque *litoribus* nostris, *Aeneia* nutrix,
Aeternam moriens famam Caieta dedisti:
Et nunc seruat honos sedem tuus.

Sed magis ille de LAVINIA, *coniuge*, quam de se, sollicitus, ipse sibi, cum de LAVINIO dedicando cogitaret, hanc legem dixisse fertur, m)

focer

f) Id. L. IV. Od. 2. v. 3. & 4. g) VIRGIL. Aen. VIII. v. 329. sq. h) Id.
ibid. L. XII. v. 823. i) FESTVS de verbor. sign. v. Aegaeum. Vid.
NICOLAVM LLOYDIUM in diction. Geograph. v. Aegeum. k) VIRG.
Aen. VI. v. 233. l) Id. ibid. VII. init. m) Id. ibid. XII. 192.

— — focer arma Latinus habeto,
Imperium solenne focer: mihi *mœnia* Teucris
Constituent, urbique dabit Lavinia nomen.

Et, ne deferam *MARONEM*, *n)* Arcades

— — Genus a *Pallante* profectum,
Delegere locum, & posuere in montibus urbem,
Pallantis proavi de nomine Pallanteum.

Denique nec *CARYS* nobis tacendus est, *o)* a quo

— — *nomen Campanæ ducitur urbi.*

& *OCNVS* præterea *Mantûs* & *Tusci* filius *p)*

— — *Muros matrisque dedit tibi, Mantua, nomen.*

Sed plerique quidem, qui in *urbium appellatione*, aut *dedicatione* operum publicorum, pietatem suam extare voluerunt, aut *parentum*, aut *liberorum*, aut *sororum*, *nomen* rebus conspectissimis accommodarunt. *CAIVS* enim *CORNELIVS TACITVS* nobis auctor est, *q)* *AGRIPPINAM*, *GERMANICI* *filiam*, *CLAVDII* *uxorem*, impetrasse, ut in oppidum *Vbiorum*, in quo genita erat, veterani & *colonia* deducerentur, illique *coloniæ* *nomen*, *AGRIPPINAE*, *de ipsius nomine* inditum fuisse: de qua *colonia*, ut solent, multa erudite *IUSTVS LIPSIVS* *r)* & *CHRISTOPHORVS CELLARIVS* *s)* observauerunt. Neque minor fuit *TRAIANI* pietas, qui *MARCIANAE*, *sororis suæ*, memoriam immortalem posteris daturus, *Marcianopolim*, si *Ammiano Marcellino* *t)* credimus, *ex nomine* eius dedicavit.

Neque disputatione indigebit, *Helenopolim* in Bithynia ab *HELENA*, *matre CONSTANTINI*, indulgentia Augusti, *nomen* accepisse. *u)*

Ferre omissem *ALBAM IULIAM*, quam multi, incerta fide, a *IULIA DOMNA*, *M. AVREL. ANTONINI CARACALLAE* *matre*, *nomen* duxisse tradiderunt. *x)* Sed *Medeam* profecto *urbem*, si propter dignitatem gentis externæ, a Romanis mihi paululum diuertere permittis, *Medeam*, inquam, *urbem*, fraternæ pietatis monumentum, præterire vix possum, quam *MEDIVS* quidam, æmulus *Iasonis*, in honorem *matris* suæ conditam, *ex*

B 2

nomine

n) VIRG. Aen. VIII. v. 51. sqq.

o) Id. ibid. X. v. 145.

p) Id. ibid.

X. v. 201.

q) TACIT. Annal. L. XII. c. 27. & de mor. Germ. c. 28.

r) LIPSIVS ad Tacit. de mor. Germ. c. 28.

s) CELLAR. not. orb. antiq.

L. II. c. 3. p. 328. *t)* AMMIAN MARCELLIN L. 27. c. 9. IORNAND de

reb. Get. c. 16. PLIN. panegy. c. 84. *u)* CEBRENVIS, p. 295. edit. Paris.

Sozomenus, L. II. c. 34.

x) Vide CELLAR. geograph. antiq. L. II.

c. 8. T. I. p. 601.

nomine illius appellavit, & *Medorum* regnum constituit, omnes Orientis opes maiestate imperii complexum. ^{y)}

Habes igitur orbis terrarum partes, regiones imperia, maria & flumina, vrbes etiam & colonias, quibus, *pietatis & honoris causa*, ad consecrandam *propinquorum* memoriam, ex istorum nominibus illi, qui præsuerunt imperiis, apud *exteros* non minus ac *Romanos*, nomina dederunt.

Sed, ut ad *Romanos* redeam, etiam in aliis *operibus publicis*, quibus *vrbs æterna* illustrata est, inque *publicis negotiis* administrandis, eminuit *pietas principum*, qui *suorum nomine* adiecto, opera a se facta appellari & ad posteros transire voluerunt. *AVGVSTVS* enim, quod supra ex *SVE- TONIO TRANQVILLO* ^{z)} a nobis observatum est, quædam opera *sub nomine alieno*, *nepotum* scilicet, & *uxoris sororisque*, fecit, ut: *porticum basilicamque LVCII & CAII*: item *porticum LIVIAE & OCTAVIAE*, *theatrumque MARCELLI*. Præterea *TIBERIUS*, *SIDIONEM CASSIVM* audimus, fano *concordiæ suum & DRVSI nomen*, diuiso honore *pietatis*, *inscribi iussit* ^{a)} nec minus *templum LIVIAE*, *cum matre*, dedicavit: ^{b)} de quibus operibus *FAMIANVS NARDINVS*, ^{c)} & *OLAVS BORRICHIVS* ^{d)} diligentius exposuerunt. Sed *Caius Cæsar CALIGVLA* quidem alio genere *honoris* vsus in sorores, harum nomina etiam sacramentis, itemque relationibus consulum, adici voluit, his fere formulis: neque me liberosque meos cariores habeo, quam *CAIVM Cæsarem*, & *sorores eius*: aut: quod bonum felixque sit *C. CAESARI*, *sororibusque eius*. ^{e)}

§. IV.

Opera publica non aliud nomen ad- mittebant quam principis & eius, cuius pecunia opera facta essent. Privati domus & sepulcra aliorum nomine subinde fieri curabant.

Sed *AVGVSTORVM* quidem pietas tam conspecta est, tamque luculenter se in oculos ingerit, ut superuacuum fuerit, de illa copiosus tractare. Igitur de *illis* videamus, qui infra principum conditionem positi fuerunt. Sed, horum quidem nomina rarius in *operibus publicis* extare, nemo facile mirabitur, qui cogitauerit, non solum *DOMITIANVM*, Augustum, quod supra indicauimus, plurima & amplissima opera, incendio consumpta, sub suo duntaxat titulo, *dis simulato veri auctoris nomine*, restituisse, sed præterea etiam *Romanos* non facile passos esse, ut in *operibus publicis* nomen cuiusnam & sepulcrum quam, præterquam principis, & eius, cuius impensa & pecunia opus factum fuerit, inscriberetur. Hoc enim, excitandæ virtutis causa, utque ale-

^{y)} *IUSTIN. L. XLII. c. 3. v. 8.*

^{z)} *SVE- T. vit. Aug. c. 29.*

^{a)} *DIO*

CASSIVS L. LV. ex edit. HENR. STEPHANI p. 633. & L. LVI. p. 671.

^{b)} *Id. L. LV. p. 633.*

^{c)} *NARDIN. Rom. vet. L. III. c. 9. L. IV. c. 3.*

L. V. c. 16. in Thes. GRAEVII T. IV. p. 1076. 1241.

^{d)} *BORRICH. in*

antiqu. urb. rom. facie. L. V. in Thes. GRAEV. T. IV. p. 1536.

^{e)} *SVE- T.*

Calig. c. 15.

ret æmulatio studium, ideoque libentius privati pecunias in *opera publica* erogarent, constitutum esse, MACER & CALLISTRATVS observauerunt. l. 3. §. 2. l. 7. §. 1. D. *de oper. publ.* Vna tamen *pietatis* occasio, si quis *opus a maioribus suis factum* ornare marmoribus & reficere suo sumtu veller: huic enim, *manentibus titulis* prioribus, etiam suum nomen adicere licebat: quod CALLISTRATVS docuit. d. l. 7. §. 1. D. *de oper. publ.*

Sed in *signis* deorum *dearumque*, atque in *donis*, quæ *privati* illis dedicabant, *privata* etiam *pietas* admissa, vt coniunctorum aut aliorum nomina adscriberentur: *heredes* quidem certe plerumque testatoris nomen in *signis*, ex illius voluntate factis, inscribebant.

SCAEVOLA enim servavit nobis testamentum cuiusdam Seiaæ, quæ hæc formula reliquerat legatum: Si mihi per conditionem humanam contigerit, ipsa faciam: sin minus, ab heredibus meis fieri volo, iubeoque *signum* Dei, ex libris centum, in illa sacra ædē statui, *subscriptione nominis mei*. l. 38. §. 2. D. *de aur. arg. mund.* Neque frequentior facile formula in veteribus *signis* occurrit, illa: testamento F. C. *fieri cauit: fieri curavit.* Sed IANVS GRUTERVS *f)* descripsit *statuam*, quam quis *veneri Aug.* non *suo* tantum, sed etiam *vxoris*, nomine fieri testamento iussit:

VENERI. AVG.
L. PORCIUS. QVIR
VICTOR. CARTIMIT
SVO. ET SCRIBONIAE
MARCIAE. VXORIS. SVAE
NOMINE STATVAM TESTA
MENTO PONI IVSSIT.

Neque longius ab hoc genere recedunt, quæ *pro salute coniugum, parentum, liberorum*, Diis immortalibus, *ex voto*, reddebantur. GRUTERVS quidem *g)* exhibet columnam, quam paterfamilias *pro salute suorum omnium* fieri curavit, vtque alio loco *donum h)* publice dedicatum

PROSERPINAЕ
SERVATRICI
C. VETTIVS. SILIVS
PRO. EVNOIDE. PLAVTILLA
CONIVGE. SIBI. RESTITVTA
V. S. A. L. P.

B 3

item.

f) GRVT. inser. antiqu. T. II. p. 1068. n. 10.

h) Id. ibid. T. I. p. 97. n. 6.

g) Id. ibid. T. II. p. 1064. n. 7.

itemque lapidem loquentem, ⁱ⁾ quod IULIVS POLYBIVS *salutem fortune opiferae* restituerit, *pro salute Polybii Liberalis, patris sui.* Neque vero *parentum & imprimis matrum pro filiis* cura fuit remissior: Servata est ad posteros memoria matris, CAMILLA AMATAE, quae ^{k)}

FEBRI. DIVAE. FEBRI
SANCTAE. FEBRI. MAGNAE
PRO. FILIO. MALE
AFFECTO

donum reddidit ex voto. Quam pietatem etiam *inter coniuges*, quamvis *donationem* continere videretur, ratam esse, docet VLP IANVS, l. 5. §. 12. *de donat. inter vir. & uxor.*

Itaque, propter merum deorum immortalium, etiam liberi, parentes, & coniuges, interdum *nomine suorum* donum fieri curabant. Sed maior fere *religio Deorum manium*, quorum placandorum officium, quo quisque melior haberi vellet, tanto facilius sumebat sibi, ut de posteris etiam bene meritus videri posset. Certe non pauci illud, quod Trimalchio iste apud PETRONIVM ^{l)} monebat, ad se pertinere iudicarunt: valde falsum videri, *viuo quidem domus cultas esse, non curari eas, ubi diutius nobis habitandum sit.* Igitur non solum ipsi sibi monumenta *viui* faciebant, quod lapides GRVTERI ^{m)} comprobant, sed *sibi & uxori & libertis, libertabusque, & posteris eorum.* ⁿ⁾ Et, ne intra vnam domum duntaxat pietas includeretur, VETTIA PAVLLINA etiam SORORI SVAE. CARISSIMAE. PISSIMAE. LIBERTIS. LIBERTABVSQVE. SVIS. ET. POSTERIS. EARVM. fecit. ^{o)} Hoc intellexit praetor, itemque VLP IANVS, qui etiam *mortui negotia geri posse*, & si quis honori mortuorum consuluerit, hoc ad pietatem pertinere, censuerunt. l. 5. pr. & §. 6. D. de *neg. gest.* l. 14. §. 13. D. de *relig. & sunt. fun.* Ex hoc fonte derivatum est, quod, secundum eundem VLP IANVM, etiam *viuae uxori, sepulturae causa*, efficaciter donari potest, & si *monumentum purum*, id est, *cenotaphium*, maritus fieri curauerit uxori, donatio subsistit, etiam *soluta matrimonio*, si illa quondam uxor deinceps inferatur. l. 5. §. 8. 9. 10. 11. D. de *donat. inter vir. & uxor.* Quamvis enim maritus pauperior fieret, facto monumento, & uxor locupletior, quae suo sibi sumtu monumentum facere, & emere locum sepulturae, debuisset; tamen, propter pietatem coniugum, admissum est, ut, quasi uxor non facta esset locupletior, donatio valeret. d. l. 5. §. 8. D. de *don. inter vir. & ux.* Propter
pie-

ⁱ⁾ GRVT. T. I. p. 75. n. 9.

^{k)} Id. T. I. p. 97. n. 1.

^{l)} PETRON. satyric.

c. 71.

^{m)} GRVT. inscript. antiq. T. II. p. 1149. n. 11. & 13.

ⁿ⁾ Id.

ibid, T. II. p. 1120. n. 8.

^{o)} Id. ibid. p. 1135. n. 8.

pietatem enim, ut diximus, & religionem, discessum est inter coniuges a iuris regula, quam SCAEVOLA & MARCIANVS l. 47. §. 1. D. de solut. tractarunt, secundum quam fit locupletior, qui sumtibus suis parcit, in rem necessariam emendam impendendis.

Itaque sepulcra atque monumenta plerumque a superstite, *inscripto defuncti nomine*, fiebant. Vix autem attinet monere, *nomen* defuncti maxime locum tumuli signasse. Hoc enim testantur innumera antiquae Romae monumenta.

Nomen & arma locum servant, p)

Aeternumque locus Palinuri *nomen* habebit. q)

Sed de his quidem accurate IACOBVS GVTherivs tractauit r)

§. V.

Accepisti illa, quae hunc quidem, cuius *namine* facta sunt, non locupletiores facere videntur. Superest, ut de rebus, quae ad patrimonium *Praedia. Horti Villae. Aedificia priuata nomina propria accipiebant. Nomen emtoris in instrumento emtionis inscribatur, maxime in emtionibus fiscalibus. Nomen possessoris census & onerum patrimonialium causa adscribendum erat.* pertinent, imprimis de *praediis & aedificiis* tractemus.

Disputatione autem uix indigebit, & hortulos & villas, & aedificia priuata, & praedia fere omnia, urbana atque rustica, suo nomine proprio plerumque appellata. AFRICANVS quidem habet fundum CORNELIANVM & SEMPRONIAMVM l. 9. §. 3. de fundo dotal. domum SEMPRONIAM VLPIANVS, l. 41. §. 4. D. de leg. 1. fundum, cum domo Formiana, MARCIANVS, l. 112. §. 2. D. de leg. 1. PAPINIANVS praedia SEIANNA & GABINIANA l. 91. §. 3. D. de leg. 3. itemque praedium TVSCVLANVM l. 77. pr. D. de leg. 2. & fundum TVSCVLANVM PAVLLVS l. 82. §. 1. D. de leg. 2. quod BARNABAS BRISSONIVS s) obseruauit. Imo vero etiam horti nominantur POMPEIANI, LVCVLLIANI, MAECENATIANI. quorum appellatione imprimis villas comprehendendi NICOLAVS BERGIERVS docuit. t) Sed BOISSARDVS u) & GRVTERTVS x) habent etiam BELLAIANOS, multis marmoribus insignes. Neque vero dubitare possum, quibusdam etiam *priuata aedificia honoris causa* a possessoribus dedicata & *adscripta*. CAIVS SVETONIVS TRANQVILLVS y) enim memoriae reliquit, quosdam, insigni adulatione, etiam libertorum Augustalium *imagines aureas inter lares coluisse*: quod etiam GVTherivs adno-

p) VIRG. Aen. VI. v. 507.

q) Id. ibid. v. 381.

r) GVTher. de iure

L. VII c. 85. p. 607.

s) BRISSON. de form.

t) BERGIERVS de publicis & militaribus imperii Ro-

u) BOISSARD antiq.

T. IV. p. 28.

x) GRVT. inter. T. I. p. 24.

y) SVET. vita Vitellii,

c. 2. in fine.

adnotauit. 2) Et M. TVLLII CICERONIS *domus*, ob signum *libertatis*, in illa inuentum, publice *dedicata* est, quod ipsum, scimus, grauissime tulisse. a)

Sed res ipsa facile ostendit, plerumque aedes atque villas de *nomine domini*, vel *praesentis*, vel *pristini*, si huius *nomen* ad commemorationem posteritatis esset insignius, a veteribus *nominatas* esse. Neque enim quisquam affirmauerit, cum singulis possessoribus *fundorum nomina mutata*. Hoc enim aduersus omnis antiquitatis memoriam diceretur, cum constet, quasdam domos *nomen pristinum* per aliquot saecula retinuisse, & quorundam possessorum famam ita in obscuro fuisse, vt, propter emtores etiam, referret, illas *ex nomine domini prioris nominari*. Odiosum enim est, quod M. TVLLIVS b) ait, cum a praetereuntibus dicitur:

O domus antiqua, heu quam dispari dominare domino.

Contra, si domus ab obscurae originis viro perueniret ad potentiores, potius ex praesenti domino, quam ex conditore, *nomen* perpetuum nancisceretur. Euenit enim aliquando praediis, quod quibusdam in republica, & inprimis M. CATONI, qui, vt reliqui ex patribus, magis ex filiis & posteritate *nominandi* esse videbantur. c)

Illud quidem constat, plerumque, inprimis *in prouinciis* & municipiis, propter *censum* & *munera patrimonialia*, necessariam fuisse *veri domini professionem*. VLPIANVS enim & PAPINIANVS praeceperunt, vt vitia priorum censuum, *editis nouis professionibus*, corrigerentur, & quisque in sua ciuitate possessiones suas *profiteri cogeretur*: cum, *pro modo praediorum*, pecunia *tributi* debeat conferri. l. 2. l. 4. §. 1. & 2. l. 5. pr. D. *de censibus*. Imo vero, si HONORIVM & THEODOSIVM audiamus, omnium *praediorum domini conquirendi* sunt subinde, l. 13. C. *de omni agro desert. maxime*, postquam ANTONINVS praecepit, *ciuilia munera pro modo fortunarum* sustinenda esse. l. 1. C. *de muner. patrimon.* Certe *castellorum territoria*, & publica quaedam loca, duntaxat singulorum *personis adscribi*, id est; publica auctoritate assignari, HONORIVS testatur. l. 2. C. *de fundis limitroph.*

Præterea *in instrumentis emtionum nomen emtoris inscribendum* fuisse, tam natura negotii ostendit, quam GALLIENVS etiam & ceteri AVGVSTI, l. 1. 2. 3. 4. 5. & 6. C. *si quis alt. vel. sibi*, comprobarunt. In *emtionibus* autem *publicis* maxime nomen emtoris ob fidem publicam adscribebatur. Hoc

2) GUTH. de vet. iure pontif. L. III. c. 10. in thes. Graenii T. V. p. 139. pro domo sua, c. 45. lqq. L. III. c. 16.

b) Id. de off. L. I. c. 39.

a) CIC. c) Id. ibid.

Hoc enim M. TVLLIVS testatur, qui opprobrauit emtori domus suae, quod *nomen suum emtioni adscribere* non ausus sit, ^{d)} sed subiecerit imaginarium emtorem.

§. VI.

Plerumque igitur, ut diximus, *nomen domini adscribebatur*, si quis ^{Emtiones} possessiones novas compararet. Sed suae cuiusque priuatae rationes aliquan- ^{fundorum} do hanc emtoribus necessitatem imponebant, ut, *disimulato suo, nomen alie-* ^{vel inuidias} *rum inscriberent* in emtionis instrumento. Et de metu quidem inuidiae, ^{diluendae} *qui rebus per se superbis superbiam nominis & tituli detrahare iubebat*, su- ^{gratia vel in} *fraudem* le- ^{fraudem} pra sunt a nobis quaedam obseruata. Sed PLINIVS auctor est, ^{e)} hortos ^{alieno no-} aliquando, *adversus invidentium effascinationes, alieno nomini dicatos esse*: ^{mine fiebant.} quod video etiam IACOBVM GVTHERIVM ^{f)} obseruauisse. Hæc certe ^{Interdum et-} *caussa emtorem illum domus M. TVLLII adduxit*, ^{iam donandi} *g)* *ut nomen suum em-* ^{caussa. Vecti-} *tioni adscribere non auderet*, sed SCANTONEM quendam subiiceret, sub ^{galia etiam} *titulo* eius cupiditas lateret. Verebatur enim, ne magis suae commo- ^{& tributa} *ditatis*, & patrimonii amplificandi, quam *religionis*, *caussa* illud fecisse vide- ^{per interposi-} *retur*, & timebat odia hominum, si liberatorem urbis possessione sua spo- ^{tam perso-} *liaffet*. Imo vero ipse M. TVLLIVS aliquando, cum *emturus domum*, ^{nam praeSta-} *abantur*.

P. Sulla, tum reo, mutuum sestertium viciens accepisset *emturum se nega-* *vit*, ne, domus emendae causa, pecuniam a reo accepisse diceretur. ^{h)} Præ- *terea* depressioris fortunæ homines etiam mouebat illud M. TVLLII, quod an- *tea adduxi*, ne *domus antiqua ad disparem dominum peruenisse videretur*. Interdum enim ampla domus *dedecori* erat domino, si in illa esset solitudo, & maxime, si aliquando, alio domino, solita esset frequentari. ⁱ⁾ Sed ple- *rumque*, video, *in dotibus constituendis*, obseruatum esse, ut dos, non a muliere, neque a parente eius, sed *ab alio*, dari diceretur, inuidiae diluen- *dæ causa*. PAVLLVS proposuit eiusmodi speciem, in qua *alius, nomine mulieris*, fundum *in dotem* dedisse dicitur, ut fundus, quasi *dotalis*, ad ma- *ritum*, vxoris causa, perueniret. l. 14. §. 1. D. de fundo dotal. Sed ele- *gantius* NERATIVS disputat, utrum, alio promittente dotem, si pater pro illo promissore fideiussert, ipse pater *dotem profectitiam* dedisse videatur. l. 5. §. 6. & 7. D. de iure dotium. Ex quo loco non obscure intelligitur, *cautos parentes aliquando, per interpositam personam, dotem filiabus, dissi-* *mulato suo nomine*, constituisse.

Sed non raro tamen *simulatio* illa suspecta est, *qua nomen veri emto-* *ris aut domini occultatur*. Certe sæpissime omnino fraude non carent, quæ *clan-*

d) CIC. pro domo sua, c. 44.

e) PLIN. L. XIX. c. 4.

f) GVTHER. de

vet. iure pontific. L. III. c. 12. in Graev. thes. T. V. p. 146.

g) CIC. pro

domo sua c. 44.

h) GELL. noct. Attic. L. XII. c. 12.

i) CIC. I. offic. c. 39.

clanculum, & quasi per insidias, administrantur. *VLPIANVS* enim obseruauit, aliquando *personam aliam interponi, ut creditores pecunia fraudentur.* l. 14. D. *quæ in fraud. credit.* Neque dubitari potest, quin debitor obaratus, qui rem, *alieno nomine subiecto*, emit, & alterum suo nomine patitur rem possidere, in fraudem creditorum hoc fecisse videatur, & reuocationi locum faciat, certe actiones suas aduersus possessorem imaginarium creditoribus cedere cogatur. l. 14. D. *quæ in fraud. credit.* Generaliter enim *PRAETOR* atque *VLPIANVS*, *quidquid gestum fuerit* in fraudem creditorum, ratum non videri, præceperunt. l. 1. 2. 3. D. *quæ in fraud. credit.* Idem certe *IAVOLENO* placuit, in rebus illis, quæ, *in fraudem patroni*, a liberto in *personam interpositam* transferuntur, ut ille, ad quem res peruenit, illam restituere cogatur. l. 12. D. *si quid in fraud. patron.*

Sed videbitur *VLPIANVS* turbas dare, qui l. 6. pr. D. *quæ in fraud. credit.* & l. 1. §. 6. D. *si quid in fraud. patr.* permittit debitori & liberto, *quædam non ad quirere*, quamuis damnum ex illa re sentiant vel creditores vel patronus. Fortè enim quis dixerit, hunc non tam alienasse, fraudandi animo, quam potius non acquisiuisse, qui *alieno nomine* rem comparauit, & *personam alterius interposuit*, cui res ab ipso emta traderetur.

Imo vero habebunt certe & creditores & patronus, cur *reuocent*, quæ *alieno nomine* comparata sunt, a possessore. Si enim *adquisiuit* debitor aut libertus *dominium*, nemo dubitat, rem subtrahi patrono & creditoribus non potuisse. Sin nunquam proprietatem consecutus est, sed emtioni, sua pecunia factæ, *nomen alterius* ita subiecit, ut res confestim traditione illa ad *personam interpositam* domini iure perueniret, *actionem emti*, quæ ipsi competebat, per *donationem transfudit* in personam *emtioni fraudulentæ* subiectam: ideoque rem *reuocandam*, & creditoribus restituendam esse, *PAVLLVS* atque *VLPIANVS* & *VENULEIVS SATURNINVS* docuerunt. l. 6. §. 11. l. 7. l. 8. & l. 14. D. *quæ in fraud. credit.*

Itaque non proderit *fraudatori* consilium, si rem *alieno nomine* emit, & alteri adscripsit.

Non minus odiosæ sunt calliditates, quibus *donationes prohibitæ* reguntur. Sed hoc quidem *inter coniuges* inprimis usu venire, *ut venditionis titulo donationes* ab ipsis occultentur, *GORDIANVS* obseruauit, l. 9. C. *de donat. inter vir. & vx.* Si enim vxori pecuniam dederit maritus, ut ipsa *suo nomine emeret*, quod ad maritum pertineret & hic ipsi *donatum* vellet, *IAVOLENVS* docet, infirmendam esse *fraudulentam* hanc *donationem*. l. 50. §. 1. D. *de donat. inter vir. & vx.* Et hoc video etiam *VLPIANO* placuisse l. 7. §. 3. 4. 7. D. *eod.*

Sed propius ad calliditatem istam, quam tractamus, illa species accedit, quam *PAVLLVS* l. 26. D. *de donat. inter vir. & vxor.* reprehendit. Si enim

enim sua pecunia maritus praedium emerit, sed venditorem iusserit, uxori tradere possessionem, quasi *huius* nomine praedium emisset, *donationis* iure censendam esse, ait, hanc traditionem.

Non multum ab hac specie seiuncta est alia, quam MARCELLVS proposuit, l. 49. D. *de donat. inter vir. & uxor.* Ait enim, uxorem marito praedium, quod ipsi *donatum* voluisset, hoc titulo usam, tradidisse, quasi illud ad filium communem deberet aliquando peruenire. Sed respondet MARCELLVS, si *titulus alieni nominis* duntaxat quaesitus sit donationi, hanc inutilem videri.

Atuero observandus est etiam alius *color*, qui inducitur *donationi*, si *soceri*, vel alterius personae coniunctae, *nomine* emerit maritus, & illi rem tradi curauerit, ut per personam *interpositam* res transferatur ad uxorem: de qua specie PAVLLVS atque VLPIANVS l. 26. §. 1. & l. 5. §. 2. D. *de donat. inter vir. & uxor.* tractauerunt. Sed haec talia quo fructu & eventu fiant, postea intelligetur.

Non discedere possumus ab hoc loco, nisi antea dictum fuerit de *negotiorum gestione*, cuius natura facile permittit, *ut res nomine alterius ematur.* Nimirum *gessisse* quis *negotium alterius* dicetur, si *utiliter* rem emerit, sed, quod LABEO & IULIANVS praeceperunt, *contemplatione alterius*, & hoc animo, ut isti quaedam utilitas procuretur. l. 3. §. 1. & 3. D. *de negot. gest.* Atuero in *donationibus* etiam hoc agitur, ut utilitatem quandam liberalitate nostra alteri quaeramus. Quid igitur dicemus? Imo vero opportune occurrit PAVLLVS noster, qui l. 34. D. *de negot. gest.* etiam hoc desiderat in *negotiorum gestione*, ut appareat, *animo alterum obligandi & impensas repetendi*, *nomine illius*, *aliquid emtum esse.* Igitur poterit aliquis, *propter aliquam utilitatem nostram*, quam *probabili* ratione praeuiderit, *animo nos obligandi*, *nostro nomine*, *rem emere*, & impensas repetere *contraria negotiorum gestorum actione.*

Eadem dicenda erunt, si quis, ex *mandato nostro*, emtioni suae *nomen nostrum adscripserit*, ut res nobis acquireretur. VLPIANVS enim praecipit, per liberam personam, nostro mandato, nobis & possessionem tradi, & per hanc dominium adquiri posse, l. 20. §. 2. D. *de adq. rer. dom.*

Habes iam omnia, opinor. Sed extremo tamen meretur observari, qui *negotio illicito nomen alterius* obtendunt, illos plerumque hac calliditate illud tegere, ut ipse, cuius *falso nomine* res comparata est, *professione patrimonii*, *census*, *functionum*, *tributorum praestatione*, efficiat, ut res ipsi vere acquisita videatur. VALERIANVS enim & GALLIENVS docuerunt, per *simulationem* aliquando *vectigal*, quasi tradita possessione, a quibusdam, ut acquirant dominii titulum, *exsolui.* l. 8. C. *de act. emt. vendit.*

dit. Quod frequenter factum esse etiam Q. MUCIUS SCAEVOLA l. 64. D. de adq. rer. dom. & VLPIANVS l. 4. §. 4. D. de censibus, obseruant. Sed de huius consilii euentu proxime trademus.

§. VII.

Nominis alieni titulus emtionis adscriptus non transfert dominium in illum qui nominatus est. Neque professione & census praestatione dominium adquiritur sed domini traditione. Satis, credo, viam munuimus: iam facile, quo destinatum est, perueniemus. Restat enim, vt expediamus, *ad quem pertineat proprietas praedii, quod nomine alterius dicatur comparatum.* Nimirum generaliter receptum est, solo titulo & nomine inscripto nunquam dominium adquiri, sed voluntate domini, & traditione. Aperte enim DIOCLETIANVS, si in rebus, quas nomine uxoris comparasti, solo titulo nominis eius vsus fueris, & tibi possessiones traditae sint a venditore, non uxorem, sed te duntaxat, dominium acquisuisse. l. 16. C. de donat. int. vir. & vx. Imo luculentius VALERIANVS & GALLIENVS, l. 4. C. si quis alt. vel sibi, quamuis in instrumento emtionis nomen socrus inscripseris, & illa tabulas custodiat, si tu fundum tibi traditum possideas, non ad socrum, sed ad te duntaxat, proprietatem pertinere, rescripserunt. Idem & DIOCLETIANO placuit, vt, si uxoris tuae nomen instrumento emtionis tantum accommodaueris, sed res a te comparata & tibi tradita fuerit, res ad te confestim pertineat, neque vxor tua, propter solum nominis titulum, domina possessionis facta censeatur l. 5. & 6. C. eod. Imo vero, quamuis pecunia uxoris fundum comparaueris, eiusque nomine vsus fueris in instrumento, si tibi fundum ementi, ille traditus fuerit a possessore, ex DIOCLETIANI sententia, dicemus, ad te proprietatem pertinere. l. 9. C. eod.

Itaque sola nominis inscriptione, sola etiam pecuniae numeratione, illi, cuius nomine res ab alio emta est, dominium rei emtae non acquiritur. Imo ne professione quidem sola, apud peraequatorem, quem veteres dicebant, vel census & tributis & functionis publicae praestatione, quisquam dominus efficietur, quamuis nomen eius vel in instrumento emtionis adscriptum sit, vel in ipsas tabulas publicas relatum.

Luculentur enim VLPIANVS non amitti, ait, dominium, quamuis alius professus sit, id est, sibi adscribi curauerit possessionem l. 4. §. 4. D. de censibus. Sed clarius ille noster Q. MUCIUS SCAEVOLA, si quis res alienas in censum deducat, illas nihilo magis eius fieri, respondit, l. 64. D. de adquir. rer. domin. In eandem sententiam PROBVS etiam rescripsit, si functiones, exactiones, tributa aliquis praestiterit, cui res donata non esset, nihil illud vero domino obesse l. 4. C. de donat. Imo vero etiam inter socios obtinuit, vt, si vtrique fundus traditus fuerit, quamuis unus, altero cessante, solus solennes pensitationes exsoluerit, tamen apud vtrumque dominium mansisse iudicetur, l. 2. C. pro socio. Neque igitur simulatio illius, qui

vecti.

veftigal, quali de poffeffione fibi tradita, exfoluit, vero domino nocebit. l. 7. C. de *act. emt. vendit.*

Ex his igitur intelligetur, *illi, cuius falso nomine fubiefto res comparata fuerit*, neque per nominis *adfcriptionem*, neque per *pecuniæ numerationem*, qua res a venditore emta eft, neque per publicam *professionem*, neque per *veftigalium & functionum folennium præftationem*, dominium adquiri.

Itaque ad *proprietatem obtinendam* opus eft, *ut ifti etiam traditus fit fundus, cuius ille nomine ab alio eft comparatus.* Aperte enim ANTONINVS tradit, fi maritus emtionem *uxoris nomine* fecerit, & illi res emtæ traditæ fint a venditore, illam quidem harum *dominam* videri, l. 1. C. *fi quis alt. vel fibi.* Et eleganter GORDIANVS, fi mariti pecunia vxori res comparata fit, & *ipfi tradita*, dominium, non ad maritum, fed *ad uxorem*, ait, pertinere l. 9. C. de *donat. inter vir. & vx.* Ita quidem certe etiam ALEXANDER de *emancipatis filiis* refcripfit, vt, fi pater nomine *ipforum* fundos comparauerit, & *ipsis tradiderit*, dominium ad ipsos pertinere iudicetur. l. 2. & 3. C. *fi quis alt. vel fibi.*

Dominium igitur *traditione* demum *adquiretur*: non tamen *nuda*, quod PAVLLVS docet, l. 31. D. de *adqu. rer. dom.* fed, fi *iufta cauffa* præcefferit, propter quam *traditio* fequatur. Eleganter enim GAIVS *voluntatem domini* defiderat, qui *fciat, fe dominium transferre.* l. 9. §. 3. D. de *acquir. rer. domin.* Imo, ne quidem res per *errorem tradita* confestim *adquiretur*, cum *nemo errans dominium amittat.* l. 35. D. de *adqu. rer. dom.* Tunc enim demum, fecundum POMPONIVM, *res tua erit, fi velim tuam effe*, & tu cæperis illam poffidere. l. 21. §. 1. D. de *acqu. rer. domin.* Sed opportune IAVOLENVS admonuit, etiam *accipientis voluntatem* accedere debere: neque enim dominium transferri, nifi *utriusque contrahentis voluntate & affectu* res tradatur, l. 55. D. de *oblig. & act.* Ideoque, fi rem *tuo nomine* emero, & venditorem iuffero, vt illam tibi *tradat*, tuque illam acceperis a venditore, videberis dominium *adquifuiſſe.* Hoc fenſit DIOCLETIANVS, qui *tradente & volente* venditore, ait, dominium in te transferri, quamuis pecunia a me fit numerata venditori, l. 9. C. *fi quis alt. vel fibi.*

Igitur nifi *res tradita fuerit*, quæ *tuo nomine* emta eft, *ſuperuacuum* eft, nomen tuum *adſcriptum* eſſe emtioni, quod IAVOLENVS etiam obſeruat, l. 64. D. de *contrah. emt.*

§. VIII.

Dominium igitur, fi rem dominus alienare, & in illum, cuius nomine *Donatio non* res emta eft, transferre voluerit, *traditione* *adquiretur.* Sed, vtrum emtori, *præſumitur.*

strumento qui alieno nomine rem comparauerit, *petitio pecuniæ superfit*, operæ præ-
cui nomen al- tium fuerit, expedire.

terius inscri- Et donationes quidem, DIOCLETIANVS docet *nunquam facile præ-*
ptum est su- sumi, cum neque ignorans quidam neque inuitus donare videatur. l. 10.
spicio dona- C. de donat. Igitur verba, aut factum aliquod desideramus luculentum, ex
tionis oritur. Quod ad con- quo intelligatur, emtorem, aut dominum, rem liberaliter in nos conferre
ingres atti- voluisse. Eo pertinere credit VLPIANVS, si quis nos rem accipere iubeat,
ner, multum & auferre patiat, sine vlla obligationis inter nos contractæ mentione. l. 6.
interest inter donationem, D. de donat. Sed magis, ex IUSTINIANI mente, si emtor aut dominus
negotio & usufructum sibi duntaxat seruauerit, mihi rem gratis dederit, res donata
rum gestio- & tradita intelligitur. l. 35. §. 5. C. de donat.

nem, & offi- Inprimis vero ex *instrumentis publicis*, in quibus emtor *nomen alte-*
cium mariti. rius inscripserit, *suspicio nascetur*, istum illi, cuius nomen emtioni adscrip-
Parentes qui serit, donare voluisse. Ideoque DIOCLETIANVS docet, *probandum esse*
liberorum ab emtore, *quod non donandi animo* prædia *alterius nomine comparauerit*,
nomine quem nominauit in instrumento emtione, sed quod *solo titulo illius usus fue-*
emunt, magis rit in contrahenda emtione. l. 16. C. de donat. inter vir. & vxor. Certe
consentur il- nasse *quam instrumentis emtionum donatis atque traditis*, res ipsæ donatæ & traditæ
lis rem desti- donare vo- censentur: si SEVERVM & ANTONINVM audiamus. l. 1. C. de donat.
nasse luisse.

Idem dicendum erit, si quis prædium, a se comparatum, nomine alte-
 rius in censum detulerit, & istius nomine illud *professus sit*, & præstiterit so-
 lennes pensiones. DIOCLETIANVS enim rescripsit, *probandum esse* a pa-
 rente, qui *filiorum suorum nomine prædia in censum* detulerit, ipsum *non*
animo donandi hoc fecisse, illaque in re desiderat manifestissimas probationes
 l. 8. C. de donat. Sed ipsum non sine ratione ita iudicasse, etiam MAR-
 CELLVS probat, qui *census & publica illa monumenta* potiora esse testi-
 bus, affirmat, & continere speciem certissimam exploratæ veritatis. l. 10.
 D. de probat.

Obtentus igitur *alieni nominis*, quod emtor in instrumento inscripserit,
 hoc efficiet, vt ipse *probare* debeat, se hoc *colore & titulo* duntaxat ulum
 esse, *sine animo donandi*. Sed facile *probabit*, si ab initio testatus fuerit,
 se sibi rem emere, si ueniam ab illo petierit, cuius *nomen* adscripserit emtioni
 suæ, aut si non tradiderit, aut statim ostenderit animum, impensam imputan-
 di, & pretium emtione repetendi.

Excluso igitur *animo donandi*, dubitari non potest, emtori pecuniæ
 repetitionem superesse: inprimis, si rem isti tradiderit, cuius *nomine* illam
 comparauit. Hoc enim si factum fuerit, cum alter, *accipiendo*, ratum ha-
 buerit negotium, de pretio efficaciter conuenietur. l. 6. §. 9. D. de ne-
 got. gest.

Quod

Quod ne cuiquam durum videatur, audiamus GORDIANVM, qui l. 9. C. de *donat. inter vir. & vxor.* etiam marito, ait, *dari repetitionem pecuniæ*, quam in prædia, nomine vxoris comparata, impenderit, quamuis dominium in hanc fuerit translatum. Et DIOCLETIANVS, quamuis donandi animo res comparata fuerit, nomine vxoris, pecuniæ tamen persecutionem, ait, competere marito. l. 16. C. eod.

Sed VLPIANVS illud temperavit, ut teneatur duntaxat vxor, in quantum facta est locupletior, illaque in causa tempus litis contestationis maxime inspiciatur, atque iudicetur, utrum duret commoditas & lucrum, quod vxori adquisiuerit maritus. l. 7. pr. & §. 3. D. de *donat. inter vir & vx.*

Sed in iudicandis coniugum donationibus tria, velim, ut diligenter distinguantur. Multum enim interest maritus, officio tantum maritali functus sit, an donauerit, an negotium gesserit vxoris. Donationem certe maritorum & negotiorum gestionem SCAEVOLA, & PAVLLVS, & GORDIANVS, seiunxerunt. l. 58. §. 2. D. de *donat. inter vir & vxor.* l. 12. D. de *impens. in rem dot. fact.* l. 9. C. de *donat. inter vir. & vxor.* Sed negotiorum gestionem ab officio mariti CELSVS etiam distinxit. l. 47. D. eod.

Nimirum ad officium mariti referuntur, quæ alendæ & ornandæ vxoris causa comparantur, atque illam locupletiores non faciunt, sed ad præsentem utilitatem pertinent, atque ad vitam commodius beatiusque exigendam. Hæc enim, expediti iuris est, non repetere maritum posse. ideoque, quamuis domus coniugi efficaciter donari nequeat, tamen, secundum POMPONIUM, negotium valebit, si gratis illam habitare passus sit maritus. l. 18. D. l. 5. §. 8. l. 7. pr. l. 31. §. 8. & 9. D. & l. 11. C. de *donat. inter vir. & vxor.*

Contra, donasse videbitur maritus, si quid dederit, non repetiturus, ex quo ipse pauperior fiat, vxor locupletior futura & patrimonium suum amplificatura videatur. l. 5. §. 8. D. eod. Et hoc, certum est, reuocari a marito posse, donec donatio morte mariti confirmetur. l. 6. C. eod.

Denique vxoris negotium maritus censetur gessisse, si utilitatem ipsi aliquam, ex qua locupletior fieri possit, procurauerit, & animum obligandi vxorem suam & impensas repetendi vel verbis declarauerit, vel factis. Et has impensas, etiam post mariti mortem, heredes eius negotiorum gestorum iudicio recuperabunt, cum donata heredes repetere non possint.

Sed satis de coniugibus tractatum. Adhuc liberi me tenent, qui ex coniugibus nascuntur. Et, si emancipatorum nomine parentes aliquid comparauerint, eadem, quæ inter extraneos, dicemus, locum invenire. Ita enim ALEXANDER iudicauit, l. 2. C. si quis alteri vel sibi. & DIOCLETIANVS atque GORDIANVS l. 2. atque 17. C. de *donat.*

Sed haud paullo secius dicemus sententiam, si pater, *filiorum nomine*, quos *in potestate habet*, praedium dicatur comparasse. DIOCLETIANVS enim, hoc negotio *destinationem magis*, ait, *paternae voluntatis*, quam *perfectam donationem*, contineri. l. 11. C. de donat. Igitur expectandum erit *supremum iudicium* parentis, & inspiciendum, an huius ipsum *destinationis* paenituisse videatur. Sed, si nihil pater contrario iudicio, probetur, immutasse, secundum eundem DIOCLETIANVM, filii, quorum nomine pater res quasdam comparauit, per arbitrum familiae *erciscundae*, res illas *praecipuas habebunt*. l. 18. C. fam. *ercisc.*



LXIV.

STILLICIDIUM
ALTIVS TOLLI POSSE
ETIAM
CVM DAMNO SERVIENTIS.

AD L. XX. §. V. D. DE SERVIT. PR. VRB.

VITEMBERGAE, DIE XXVIII. MARTII A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXIV.

L. XX. §. V. D. de seruit. praed. urban.
PAVLLVS, L. XV. ad Sabinum.

STILLICIDIUM, quoque modo *adquisitum sit*, ALTIVS TOLLI POTEST: LEVIOR ENIM FIT EO FACTO SERVITVS: cum, quod ex alto cadit, lenius cadat, & interdum *directum*, nec perueniat ad locum *seruientem*: inferius demitti non potest, quia fit *gravior servitus*, id est, pro stillicidio *flumen*. Eadem causa, retro duci potest stillicidium, quia in nostro magis *incipiet cadere*, produci non potest: ne alio loco cadat stillicidium, quam

*quam in quo posita seruitus est: lenius facere poterimus, acrius non. Et omnino sciendum est, MELIOREM VICINI CONDI-
TIONEM FIERI POSSE, DETERIOREM NON POSSE: nisi ali-
quid nominatim, in seruitute imponenda, immutatum fuerit.*

§. I.

*V*idebimur, in argumento *humili & exiguo* versari, dum de *stillicidiis* *Stillicidia* interpretamur. Certe M. TVLLIVS in oratore ^{a)} *indecorum* esse iudica-^{argumentum} uit, verbis amplissimis & locis communibus subinde uti, cum de *stillicidiis* ^{humile &} apud iudicem dicamus. Imo vero idem etiam alio loco, nihil tam *humile* ^{exiguum, seu} ^{necessarium} videri, ait, ^{b)} nihil tam *exiguum*, quam *munus* illorum, qui de iure consu-^{neque indi-} lantur: cum hi quidem de *stillicidiis*, de parietibus, de stipulationibus, ex-^{gnum. Spe-} ponant. Ideoque indignatur Attico suo, qui ipsum ad *ius civile* explicandum ^{cies singula-} aduocauerat, quasi ipsum hortatus esset, ut libellos conficeret de *stillicidio* ^{ris proponi-} ^{tur stillicidiu-} *rum & parietum iure*, aut ut stipulationum & iudiciorum formulas conscri-^{altius subla-} beret, quibus artibus fere disciplina *iuris civilis* continere videatur: sed haec ^{ti cum da-} *humiliora* esse, ait, illis, quae a M. TVLLIO expectari possint. Et fa-^{mno seruien-} teor, haec *quotidiana* magis *subtilitatem & diligentiam*, quam *ornatum &* ^{tis.} *copiam* desiderare. Neque tamen indignum iudicamus, de *stillicidio* docere, de quo nisi recte caueatur, etiam ornati illi & delicatuli & copiosi, domi suae maderent, & *laribus auitis*, quod Celsus l. 38. D. de R. V. luctuo- sum esse censuit, eiicerentur. Sed isti quidem, qui haec talia nobis obiici- unt, in se dictum putent, quod veteres in proverbio habebant: τὸν ὀκνοῦν βρεχόμενον εἰδὲ θεὸς ὀκνεῖ: illum, qui *domi* suae *maderat*, aut *cuius* *tigna perpluant*, nec Deorum immortalium miseratione, (propter ignauiam) dignum iudicari.

Rectius alio loco M. TVLLIVS, ^{c)} etiam ad *viri principis & hono-* *rati* officium & curam pertinere, ait, ut in aedificanda & sarcienda domo ad- hibeat dignitatis *commoditatisque* diligentiam: idemque *pro domo sua*, ^{d)} „quid *sanctius* est, inquit, quid omni religione munitius, quam domus vnus- „cuiusque civium: quid cura & diligentia nostra dignius? hoc perfugium „est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas esse videatur.

Non igitur pudet, hanc pro sanctissimo illo civium perfugio curam suscipere, ut commentatione subitaria de *stillicidio altius sublato* & in con- trouersiam adducto diligentius tradamus.

Nimi-

a) CIC. in oratore c. 21. sect. 72.
I. de offic. c. 39. sect. 138.

b) Id. L. I. de legibus, c. 4. sect. 14.
d) Id. pro domo sua c. 41. sect. 109.

c) Id.

Nimirum ante duos abhinc annos ICTIS Vitembergensibus hæc species proponebatur: in nobili quodam Germaniæ nostræ emporio, ædes Gellii, in area Aquilii, mercatoris, cuius paries sex fere pedes ab aedibus Gellii distabat, *ius stillicidii* habebant. Aquilius, cum parietem Gellii exilem & depressiorem esse intellexisset, ædes suas parieti Gellii, ex quo cadebat *stillicidium*, oppositas, altius sustulerat, & in medio pariete suo, *moenianum* seu *pergulam* ædificauerat, ut merces recte attractas, qui mos est mercatorum, ibi asseruaret. Post aliquod tempus ipsi etiam Gellio in mentem venit, parietem dominantem, ex quo cadebat stillicidium, tollere supra altitudinem parietis seruiantis, & restituere stillicidium, ut in eundem quidem locum aræ, sed ex loco altiore & editiore caderet in aream vicini. Aquilius, cum intelligeret, altius sublato ædificio dominante, merces in pergula, quæ antea supra parietem dominantem fuerat, aqua pluuia ex stillicidio, conspergi & contaminari, conquerebatur & aiebat, non esse ius vicino *deteriorem facere conditionem seruiantis*, sed hoc factum esse *stillicidio altius sublato*: ideoque parietem reduci ad pristinam formam postulabat.

Gellius fidem PAVLLI inuocabat, qui l. 20. §. 5. D. de *seruit. præd. urban. stillicidium*, quocunque tandem modo adquisitum sit, *altius tolli* posse, doceat: ideoque ius sibi fuisse, parietem suum *altius tollere*, & stillicidium *loco altiore* restituere, aiebat. *Opifices & architecti*, opere inspecto, *deteriorem fieri conditionem seruiantis*, *altius sublato stillicidio*, renuntiabant. Igitur iudex, ex consilio iuris peritorum & artificum, damna- bat Gellium, ut ne stillicidium alio loco, quam ex quo illud ante ceciderat, neue supra Aquilii, seruiantis, pergulam haberet. Sed nos quidem, leu- teratione interposita, neglecta architecti argutatione, obtemperauimus PAVLLO & Gellium absoluius, *cum possit omnino altius tolli stillici- dium*, & hoc ipso, ex sententia veterum, *leuior* fiat seruitus, & melior con- ditio vicini. Quod quibus ex causis factum sit, breuiter expediemus.

§. II.

Et generaliter quidem, *propter odium seruitutis*, a veteribus rece- dem inter- ptum est, ut *melio- rem non deterio- rem vicini seruiantis conditionem facere possimus*. Hoc enim PAVLLVS docet, l. 20. §. 5. *in fine* D. de *seruit. præd. urb.* Imo vero VLPIANVS specialiter *de pariete* obseruat, hunc quidem *nam tamen melio- rem*, quam ab initio fuerit, nobis *facere licere*; sed *deteriorem* si quis *significatio- nem habent, si seruit. vindic.* Idem de aquæ ductu POMPONIVS præcipit, ut liceat *nisi modo aut tempore circumscri- ptæ sint.* quidem domino prædii dominantis in riuo aliquid facere, quod aquam me- lius exprimat, dum modo iste domino prædii seruiantis aquagium *deterius* ne faciat, l. 15. D. de *seru. præd. rust.* Et abscessisse idem POMPONIVS alio

alio loco, totius, inquit, *rei conditio talis esse debet*, qualis erat, cum serui-
tus imponeretur. l. 20. pr. D. eod. Hoc & PAVLLO in ædificiis placuit, ^{Conditio ser-}
ut liceat quidem dominanti *altius tollere ædificium*, in infinitum, modo in-^{uituti adie-}
feriora ædificia *ne gravioze seruitute* onerentur. l. 24. D. de *seruitut. præd.* ^{Et a parit ex-}
urban. Sed, ut hoc in omnibus eiusmodi speciebus obtinere intelligatur, ^{ceptionem}
audiamus VLPIANVM, qui etiam in *personali seruitute*, maxime in usufru-
ctu, hanc fructuario legem dicit, ne ipsi liceat rem sibi seruientem *corrumpere*,
& deformare, & deteriore facere proprietarii conditionem. l. 17. ^{doli mali.}
§. 1. D. de *usufr.* Ut vero inprimis de *stillicidio* dispiciamus, luculenter
PAVLLVS noster, *lenius* fieri posse, ait, *stillicidium*, *acrius non posse*: hinc
& *inferius* illud *demitti* non debere, *cum grauior fiat seruitus*: contra, *re-*
tro illud *duci* posse, ut magis in nostro incipiat cadere, *produci non posse*,
ne alio loco cadat, quam in quo seruitus sit constituta. l. 20. §. 5. D. de
seruit. præd. urb.

Ex eodem fonte deducitur, quod, qui stillicidium habet, prohibere
dominum prædii seruientis nequeat, ne ædificet in illo loco, ubi cadit stilli-
cidium, neue ædificium *vsque ad locum stillicidii* perducatur, neue etiam *supra*
illum locum ædificet, dum tamen recte stillicidium recipiatur. l. 20. §. 6.
D. eod. Certe, quod idem PAVLLVS docet, si vicino, in area, in quam
stillicidii immittendi ius habeam, permiserim ita etiam ædificare, ut inter-
uertat meum stillicidium, ius stillicidii videbor amisisse, *propter iuris odiosi*
strictissimam interpretationem. l. 8. pr. D. *si seruit. vindic.*

Ex his igitur causis contendebat Aquilius, *non potuisse altius tolli stil-*
licidium, quo merces in sua pergula conspergerentur: non potuisse deterio-
rem fieri conditionem seruientis, ædificii dominantis pariete altius sublato:
inuocabat PAVLLVM, qui l. 20. §. 2. D. de *seruit. præd. urb.* præcipit, ut,
si *sublatus sit paries*, ex quo stillicidium cadat, ille *in eadem qualitate & spe-*
cie restituatur: hoc neglectum esse a Gellio, qui parietem altius extulerit,
cum damno seruientis: sibi vero, aiebat, ius fuisse, in fundo suo seruiente,
altius & *supra* Gellii *stillicidium* ædificare atque pergulam facere, cum illa
re non perturbatum sit stillicidium Gellii, ab initio ipsi in loco inferiore
constitutum.

Sed stabimus ex aduersa parte, & defendemus *stillicidium* Gellii, in-
uito etiam vicino, altius sublato. Enimuero *strictè interpretamur* serui-
tutes, sed ita tamen, *ut plenam significationem habeant*, nisi *nominatim*, pa-
rtitione, *immutata* sit natura seruitutis l. 20. §. 6. D. de *seruit. præd. urban.*
Sed *plena est significatio*, quæ omnia comprehendit, *quæcumque naturali-*
ter sequuntur seruitutem, & coniuncta esse solent cum iure seruitutis. Ita
PAVLLVS interpretatus est *plenam significationem*, l. 38. §. 4. D. de *usur.*
Sed de *seruitutibus* ne quis dubitet, eleganter POMPONIVS, quædam iura

tacite sequi servitutem, & inesse in servitute, ait, ne pereat servitus, & hæc semper intelligenda esse, *nisi nominatim aliquid excipiat*: l. 11. pr. & §. 1. D. *commun. præd.* & l. 4. §. 5. D. *si servit. vindic.* Et hæc est plena significatio, quæ omnia comprehendit, quæcunque naturaliter coheret cum iure servitutis, nisi *nominatim* pactio aliquid excipiat.

Quæ cum ita sint, non semper *contra servitutem*, aut contra ius dominantis interpretationem admittimus, sed, si quid *naturaliter* cum servitute & *utilitate*, quæ ex servitute sperari potest, coheret, illud, nisi nominatim exceptum sit, quasi verbis expressum, facile supplemus. Hanc certe rationem in interpretatione servitutum plerumque secuti sunt veteres magistri artis nostræ.

Sed, ut de *stillicidiis* imprimis videamus, multa in commodum prædii dominantis admittuntur, quamvis non expressa sint in definitione servitutis. Eo pertinet, quod, secundum PAVLLVM & POMPONIVM, constituta servitute *stillicidii*, non licet servienti ita *altius tollere* ædificia sua, *ut mea stillicidia impediuntur*, quamvis nihil conuenerit de modo ædificiorum in constitutione servitutis. *Naturaliter* enim hoc coheret cum stillicidio, ut illud libere omnino cadat, neque facile concessio stillicidio impedimentum aliquod obiiciatur. l. 20. §. 3. & l. 21. D. *de servitut. præd. urb.* Eadem interpretatione utimur, si *paries*, cui competit ius stillicidii, *sublatus* sit a dominante, sed hoc animo, ut in *eadem qualitate & specie restituatur*. Si enim *strictius* hoc interpretaremur, sublato illo pariete, ex quo cadebat stillicidium, *extincta* videretur servitus, quæ parieti illi singulari, iam deiecto, a serviente concessa est, & paries, mox restitutus, iam alius iudicari posset, non idem, cui antea ius stillicidii fuerat tributum. Sed, si PAVLLO obsequimur, propter *utilitatem*, id est, summam *æquitatem*, benigna interpretatione receptum est, *ut idem paries*, cui antea *stillicidium compete*bat, restitutus censeatur, si dominus illum reposuerit *eadem specie & qualitate*. l. 20. §. 2. D. *de servit. præd. urb.*

Benignius igitur interpretamur ius dominantis, qui ius stillicidii prædio suo adquisiuit, ut nihil exceptum videatur, quod *naturaliter* coheret cum illa servitute. Vnum tamen, ut diximus, PAVLLVS desiderat, ut, si paries dominans sublatus sit, *in eadem specie & qualitate* reponatur. d. l. 20. §. 2. D. *de servit. præd. urb.* Et vix locus est dubitationi, quin PAVLLVS, qui eandem *speciem & qualitatem* exigit, *eundem locum* intellexerit, in quo ante constitutus fuerat, & *eandem regionem* ad quam antea spectauerat, paries, ex quo *stillicidium* cadebat. Id enim verbis sequentibus præcipit, ne *producat*ur, quamvis *retro duci* possit, stillicidium, ne propius aut alio loco attingatur atque conspergatur area vicini, ut, cum antea ex regula ceciderit: iam ex tabulato vel alia materia cadere non possit, ut, si ad austrum spectauerit

uerit stillicidium iam ad aquilonem nequeat conuerti. l. 20. §. 4. & 5. D. de seruit. præd. urb.

Sed *eandem altitudinem* parietis restituti PAVLLVS non exigendam esse iudicauit. Abscisse enim affirmat, *altius tolli posse stillicidium*: &, ne quis dubitet, quin *generaliter* hoc obtineat, ne *inter modos* quidem, quibus seruitus acquisita sit, discrimen aliquod admittit, sed, *quoquomodo* acquisitum sit, *stillicidium altius tolli posse*, ait. l. 20. §. 5. D. de seruit. præd. urb.

Dicemus igitur, *naturaliter* hoc *cohærere* cum *seruitute stillicidii*, ut liceat, *altius tollere stillicidium*, quod antea ex inferiore parte parietis ceciderat. Et habet illud rationem, cum hoc actum videatur, ut parietem rectum habeat, qui *stillicidium* quaesuit, neque iuri, *altius tollendi* parietem, quod *naturaliter* domino competit, propter stillicidium renunciasse censeatur.

Ex his igitur apparet, male conquestum esse Aquilium, de pariete Gellii altius sublato.

Neque enim admitti potest illa Aquilii excusatio, ex l. 20. §. 6. D. de seru. præd. urb. deriuata, quasi licuerit seruianti in suo pariete pergulam aedificare, usque ad illum locum, ubi cadebat stillicidium. Debuisset enim vel obtemperare POMPOONIO, qui l. 21. D. eod. prohibet ita aedificare, ut impediatur stillicidium, vel *scire* atque *cogitare*, quod liceat naturaliter vicino *altius tollere stillicidium*, nisi nominatim aliud agatur: ideoque vel alio loco constituenda fuisset pergula, vel *expressa pactio* hoc *definiendum*, ne liceat *stillicidium altius tollere vicino*. l. 11. D. commun. præd. & l. 4. §. 5. D. si seruit. vindic. Neque enim accusare potuit Aquilius vicinum, qui iure suo usus est, &, permittente iuris disciplina, *altius parietem sustulit*, cum nihil de iure communi immutatum esset pactio.

Extremo enim, ut rem totam exsequamur, non alienum erit, obseruare, *seruitutes* quidem, quod MARCELLVS docet l. 98. D. de verb. oblig. *promitti posse sub conditione*, sed semel constitutas *ipso iure non admittere conditionem*: interim receptum esse, ut, si quis seruitutem, *neglecta conditione*, peteret, *exceptione doli mali* opposita, iudicis arbitrio *repelleretur*. Ita PAVLLVS l. 4. pr. D. de seruit. SABINVM atque CASSIVM tradit respondisse. Certe *modum* adiici posse seruitutibus, veluti, in via, quo quis genere vehiculi utatur, idem PAVLLVS praecipit, l. 4. §. 1. D. de seruit. cui etiam placuit, *ad certam partem* fundi adstringi posse seruitutem. l. 6. D. eod.

Itaque apparet, Aquilium, seruiantem, si pergulam tuto aedificare voluisset illo loco, ubi nociturum erat stillicidium vicini *altius sublato*, debuisse hunc ab initio seruituti *modum* adncere, ne *altius tolleretur paries vicini*.

vicini. Hoc est, quod PAVLLVS ait in lege nostra 20. §. 5. D. *seruit. præd. vrb. altius tolli posse stillicidium, nisi aliquid nominatim immutatum fuerit in seruitute imponenda.* Quod cum ab ipso esset neglectum, de se magis, quam de vicino, conqueri omaino debuisset.

Sed vnum adhuc non indignum erit commemoratione, quod VLPIANVS, l. 10. D. *commun. præd.* & l. 17. §. 3. D. *de seru. præd. vrb.* indicauit: veterem formulam, *stillicidia uti sunt, ita sint*, qua in venditionibus utebantur, non sufficere, ad immutandam aut adstringendam naturam seruitutis: hæc enim formula generalis est, & integrum seruat ius stillicidii, neque impedimento est, quo minus possit altius tolli stillicidium, cum hoc conueniat naturæ huius seruitutis. Idem dicemus de alia formula, quam M. TERENTIUS VARRO ^{e)} commendauit: *stillicidia & flumina ut ita fluant, cadantque, uti iam fluunt & cadunt.* Neque enim hac cautione vicini videbuntur a stillicidii communi natura discessisse: neque stillicidium alio modo cadere, aut immutatum esse, censebitur, quamuis altius fuerit sublatum: leuior enim hoc modo fiet seruitus, ideoque non inueniet vicinus causam conquerendi. Quæ enim immutantur in natura seruitutis, nominatim adiicienda sunt, quod supra ex POMPONIO l. 11. D. *commun. prædior.* & l. 4. §. 5. D. *si seruit. vindicet.* est a nobis obseruatum.

§. III.

*Interpretationem cer-
tam deferere
non possu-
mus, quamuis
illa in vna
quodam spe-
cie dura esse
videatur.*

Satis, credo, ostendimus, *altius tolli posse stillicidium, inuito etiam vicino, & cum damno quodam seruientis*, a quo hic sibi, pactione, cum seruitus constitueretur, cauere debuisset. Sed obloquebatur ille Aquilius, de quo antea tractaui, & *restringendam* esse contendebat legem PAVLLI, qui, altius tollere stillicidium, inuito etiam vicino, permisisset.

Aiebat enim, admisisse quidem PAVLLVM in nostra lege 20. §. 5. D. *de seru. præd. vrb.* ut stillicidium altius tolli posset, sed ex hac duntaxat causa, quod leuior hoc facto fiat seruitus: cum, quod ex alto cadat, lenius cadat, & interdum direptum a ventis, non perueniat ad locum seruientem: hac sola ratione adductum esse PAVLLVM, ut responderet, *altius tolli posse stillicidium*: sed hanc fere rationem interdum falsam esse, & duriores fieri conditionem seruientis, si stillicidium altius tollatur: cessante igitur causa illa, deferendam esse interpretationem PAVLLI, & obtemperandum generali regulæ iuris, quam ipse etiam PAVLLVS tradiderit, *melio-riorem conditionem seruientis fieri posse, deterio-rem non posse*: Sed in hac specie, manifestum esse, quod *deterior* fiat seruientis conditio, cum merces in pergula, quam ipse iure licito edificasset, conspergerentur, altius subla-

to

e) VARRO de latin. lingu. L. IV. in editione Iansoniana p. 12. v. 25.

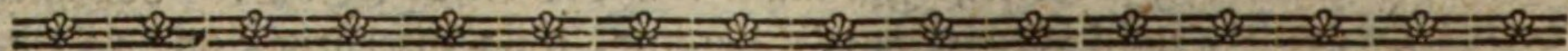
to stillicidio, quæ intactæ mansissent, si stillicidium vicinus in eodem, quo antea fuerat, loco reliquisset.

Atuero, hæc quamuis speciose & probabiliter dicantur, tamen me non mouent, vt a Paulli sententia discedam, aut existimem, non licuisse Gellio, in specie proposita, *stillicidium altius tollere, cum quodam incommodo vicini*. Largior quidem, interpretationem legis *ex fine & consilio* legislatoris, id est, quod CELSVS ait, ex vi & potestate legis, maxime sumendam esse. l. 17. D. de legibus. Sed cogitare debuisset AQVILIVS cessare hanc incertam & lubricam interpretationem, *si semel certi quid interpretatione sit receptum*: neque iuri auctoritatem suam constare posse, *si interpretationem certam, qua negotii natura in perpetuum definita est*, ex causa & ratione interpretis, quæ peperit interpretationem, subuertamus, & in sententiam contrariam detorqueamus.

Enimvero, si IVLIANVM audiamus, hac de causa vtimur interpretatione, vt de his, quæ primo constituta sunt, tollendæ ambiguitatis causa, *certius aliquid interpretatione statuamus*. l. 11. D. de legibus. Sed nihil certi haberemus, nihil ambiguitatis tolleretur, si de interpretatione *recepta* argutari, & quasi ex ratione interpretis, in contrariam sententiam abire, adeoque iura constituta, prout visum sit, in omnes partes trahere vellemus. Qua de causa NERATIVS & PAVLLVS præceperunt, quæ semper *interpretationem certam* habuerint, minime mutanda esse, neque inquirendam interpretationis *rationem*, ne multa, quæ *certa* sint, prout cuiusque ingenium & cupiditas suaserit, interpretatione noua subuertantur. l. 21. & 23. D. de legibus.

Iam vero disputatione vix indiget, hac lege PAVLLI 20. §. 5. de *seruit. præd. urb. stillicidia interpretationem certam accepisse: ut liceat illa altius tollere*, inuito etiam vicino, cum leuior plerumque hoc modo fieri seruitus omnino videatur. Hæc igitur non potest *mutari*, aut argutatione aliqua *subverti*: quod NERATIVS & PAVLLVS non ferendum esse censuerunt. Misera esset conditio Gellii, qui *certa interpretatione* confusus, *stillicidium*, auctoritate legum, *altius sustulit*, & nihil, quod timeret, inuenit, misera, inquam, esset eius conditio, si, propter fastidium vicini, parietem deponere, & stillicidium reponere in priore loco cogeretur, ipse vero iure suo vti, & ædificare in suo, quod ipsi permissum est, prohiberetur. Neque audiendus erat Aquilius qui regulam iuris generalem innocabat, *ne conditionem seruiantis deteriore faciamus*. Generali enim regulæ specialis regula derogat, postquam receptum est *vt altius tolli possit stillicidium, cum leuior fieri seruitus hoc facto videatur*. Finge enim, falsum esse in hac specie, quod *leuior* fiat seruitus, stillicidio altius sublato: hunc quidem scrupulum CELSVS facile tibi exemerit, qui, ex his, quæ *vno quodam casu ac-*

cidere possint, iura non constitui, sed ad ea potius aptari, docet, quæ frequenter & facile, quam quæ perraro, euentura videantur. l. 5. & 6. D. de *legibus*. Sibi, ut diximus, imputabit Aquilius, quod ius ignorauerit, quod non præviderit, stillicidium altius tolli posse, quod pergulam alio loco non ædificauerit, quod ab initio nominatim non pactus fuerit, ne stillicidium altius omnino tolleretur. Neque hoc in stillicidio singulare est, quod interdum, præter opinionem seruientis, conditio eius fiat deterior, propter definitam stillicidii naturam. Etiam *usus certam* interpretationem habet, ut liceat vsuario cum vxore, & liberis, & libertis habitare, in ædibus, quarum usus ipsi sit concensus, l. 2. 3. 4. 5. & 6. D. de *usu & habitat*. Sed, si *cælibi* usus sit permissus, & hic duxerit vxorem, præter opinionem augentur incommoda prædii seruientis, quamuis illa dominus antea nec præviderit, nec, si præuidisset, concessurus usum facile fuisset. Neque hic tamen recte conqueretur de vsuario, qui iure suo usus & obsecutus est certae huius seruitutis & perpetuae interpretationi.



LXV.

OBSERVATIONES

D E

IVRE INFANTIVM.

VITEMBERGAE, DIE . APRILIS A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXIV.

§. I.

Infantia *Non* iniucundum fuerit, de *aetate illa prima*, cui fauent omnes, in-
aetas prima uidet nemo, quaedam obseruare, cum, quanto est illa *miseratione dignior*,
omnibus tanto sit nobis *amabilior*, atque ab ipsa natura commendatior, ut ad defen-
amabilis. In dendam *infantium* salutem, qua spes temporis futuri & posteritatis contine-
fantium ap- tur, atque ad indigentiam illorum subleuandam, tantum non omnes sponte
pellatio in- sua, inuitati & commoti occulto quodam sensu & quasi stimulo, concurrant.
terdum ul- Certe Romulus aeternae vrbs parens, ut molliret iras Sabinarum, quasi e
tra annum longinquo *paruulos illis liberos* ostendit, & hanc consolationem attulit, ipsas
septimum
porrigitur. in

in matrimonio, in societate fortunarum omnium, ciuitatisque, & quo nihil *Discrimen*
carius sit humano generi, communium liberorum, fore. a) Sed inprimis *inter infan-*
AUGUSTVS, imperator, apud DIONEM CASSIVM b) in oratione, qua intem & pu-
coelibes inuehebatur, πῶς δ' ἔχ' ἡδὺ, ἔχῃ, ἀνελέσθαι τέκνον ἐξ ἀμφοῖν συμ- *pullum ad-*
πεφυκὸς, καὶ θρέψαι, καὶ παιδεῦσαι, εἰκόνα μὲν τῆς σώματος, εἰκόνα δέ *mittitur.*
καὶ τῆς ψυχῆς; nonne dulcissimum, aiebat, fuerit, infantem suscipere ex
viroque coniuge prodatum, illum alere, & educare, quandam quasi ima-
ginem & corporis & ingenii parentum.

Enimuero, non sine dei immortalis consilio & prouidentia accidit, vt,
cum ferri propemodum ista taedia non possint, quibus illi, qui infantium
curam suscipiunt, afficiuntur, ideoque hominis aetatem duratura esset illa so-
cietas bonorum, in quam coiuimus, vt, inquam, odiosæ illæ molestiæ,
quadam, quæ inest in infantibus, iucunditate temperentur. Quare euenit,
vt ipsa etiam vitia & offensiones infantium quadam specie virtutis parenti-
bus imponant, certe excusationem facile inueniant, qua animi cum misera-
tione quadam delectentur. Ita ille apud Q. HORATIVM FLACCVM, c)
quamuis delicatus & fastidiosus,

— — — strabonem
Apellat Pætum patet, & pullum, male paruus
Si cui filius est, vt abortiuus fuit olim
Sisyphus: hunc Varum, distortis cruribus, illum,
Balbutit, Scaurum, prauis fultum male talis.

Imo vero generaliter M. MINVCIVS FELIX, liberos *amabiliore*s esse,
ait, *annis adhuc innocentibus*, & adhuc dimidiata verba tentantes, *loquela*
ipsa, *offensantis linguæ fragmine*, *dulciore*. Audis annos *innocentes*, quo
nomine veteres *infantiam* notabant. d) Inprimis enim in hac ætate *hilari-*
tas, aliquando etiam *ingenium*, maxime *innocentia*, laudatur. Hoc testan-
tur tot lacrymæ parentum, in funeribus filiorum filiarumque *impuberum*,
tot dolores, quos ipsi *lapides literati*, memoriæ causâ tumulis impositi,
loquuntur. IANVS certe GRVTERVS seruauit nobis in lapide memo-
riam *animæ innocentissimæ*, pueri, qui Hyacintho vel Narcisso comparan-
dus esset, ab infausto parente consecratam e) itemque *animæ innocentissi-*
mæ, quæ vixerit An. VI. M. VIII. f) *animulæ infantis*, quæ diis manibus
reficienda, a parente commendata esset, g) filia, *animæ dulcissimæ*, *iucun-*
dissimæ

a) LIV. L. I. c. 9.

p. 657.

c. 2.

p. 710. n. 6.

b) DIO CASSIVS, L. 56. ex edit. HENRICI STEPHANI

c) HORAT. lib. I. serm. 3. v. 44.

e) GRVT. in corpore inscript. tom. II. p. 332. n. 2.

g) GRVT. Insc. T. I. p. 332. n. 1.

d) MINVC. Felix in Octauio,

f) idem

dissimæ, anno VI. defunctæ, ^{h)} filiae *impuveris dulcissimæ* & *dulcissimi, innocentissimi* filii, qui vixerit An. VI. ^{k)} *innocentissimi, dulcissimi, boni, sapientis*, qui vixerit An. VI. ^{l)} *infantis*, similis Deo, ^{m)} *cuius annos ingenium excesserit*, ⁿ⁾ filiae *supra* sexus sui captum & *ætatem prudentis*, ^{o)} pueri, qui *supra ætatem ingenio nobilissimo fuerit* ^{p)} *puerimiræ innocentiae ac sapientiae*, ^{q)} *infantis mellitissimi ac dulcissimi*, qui vixerit An. II. diebus III. ^{r)} vt intelligatur, quam bene & liberaliter de liberorum suorum *infantia* sperauerint & iudicauerint parentes.

Sed hae laudes iucunditatis, ingenii & innocentiae, vt diximus, inprimis *infantiae* tribuebantur, & *primae aetati*, quo nomine IUSTINIANVS *infantiam* notauit. l. 8. §. 3. C. de bon. quae liber.

Ceterum vix attinet monere, infantem, *qui fari non possit*, appellari. VLPIANVS enim ab his, qui *fari non possint*, maiores *septem annis*, interiecto quodam discrimine, seiungit. l. 1. §. 2. D. de administr. & peric. tut. itemque PAVLLVS noster, illos, *qui fari possint*, furiosis & *infantibus* opponit l. 5. D. de reg. iur. Imo vero M. TVLLIVS CICERO prodigii loco habet, Cræsi filium, *cum esset infans, locutum esse*, & hoc ostento regnum patris & domum funditus concidisse, ex HERODOTO, ^{s)} & post M. TVLLIVM, IVLIVS CAESAR BVLENGERVS ^{t)} obseruat. Ideoque, qui adhuc *sub nutrice* luderent, *infantes* dicebantur. Ita Q. HORATIVS FLACCVS. ^{u)}

Sub nutrice puella velut si luderet infans.

Sed *fari non posse* videbatur, non solum qui non tentaret verba, sed etiam, qui, quamuis tentaret, tamen apte, & apposite, & ex animi sententia, omnino verba eloqui non posset. Etiam adultis M. TVLLIVS CICERO ^{x)} *infantiam* obiecit, qui non diserti essent, & qui copiose acconuenienter instituto dicere non possent. Quosdam enim *infantes*, ait, actionis dignitate, sæpe fructum eloquentiae tulisse: & disertos, deformitate agendi, multos *infantes* putatos esse.

Sed, vt dicere occupauimus, magistris quidem artis nostræ *infantes* videntur, qui *per ætatis* rationem, verba commode eloqui non possint. Quæ res ne in incerto esset, placuit, *minorem annis septem iure infantium censeret*, MODESTINVS enim definiuit, l. 14. D. de sponsal. non esse *infantem*, qui intelligat, quid negotii contrahatur, idest, *qui non sit minor septem*

- ^{h)} GRVT. insc. T. II. p. 1037. 4. ⁱ⁾ Id. T. I. p. 684. n. 4. ^{k)} Id. p. 708. n. 3.
^{l)} Id. T. II. p. 1057. 2. ^{m)} GRVT. p. 717. n. 11. ⁿ⁾ Id. p. 618. 5.
^{o)} Id. T. II. p. 1120. 7. ^{p)} Id. T. II. p. 1037. n. 7. ^{q)} Id. p. 1055. 4.
^{r)} Id. T. I. p. 675. n. 13. ^{s)} CIC. de diuin. L. I. c. 53. in fine. ^{t)} BV-
LENG. de prodigiis, L. II. c. 19. in GRAEV. thes. ant. Rom. T. V. p. 480.
^{u)} HORAT. II. Epist. I. n. 99. ^{x)} CIC. in orat. c. 17.

septem annis: quod video etiam *VLPIANVM* l. 1. §. 2. *D. administr. & pericul. tut.* itemque *THEODOSIVM & VALENT.* probauisse. l. 18. pr. & §. 4. *C. de iure deliber.*

Sed, ne quis existimet, hoc discrimen ipso etiam usu loquendi scribendique perpetuo seruatum esse, audiamus *marmora antiqua* apud *IANVM GRVTERVM*, quibus *infantes* duodecim, vndecim, nouem etiam annorum, collaudantur. Seruauerunt enim memoriam Aureliæ Constantinæ, *infantis* innocentissimæ, quæ vixerit A. XII. mens. XI. y) & M. Aurelii, *infantis dulcissimi incomparabilis*, qui vixerit annis VIII. mens. II. diebus XIII. z) vt appareat, nomen *infantis*, maxime in puellis, vsque ad pubertatis fere tempora porrectum. Certe *MODESTINVS*, etiam illos, qui *fari possint*, qui intelligant, quid fiat, qui *non minores sint septem annis*, in primordio ætatis constitutos esse, ait, l. 14. *D. de sponsal.* cum *prima ætas*, apud alios, *infantiam* notare videatur. Hoc enim supra ex l. 8. §. 3. *C. de bon. quæ liber.* a nobis indicatum est. Vnum meretur obseruari, *PAVLLVM* aliquando *pupillos infantibus*, qui sui iuris sint, & *fari* nequeant & cum furiosis coniungantur, in contrahendis negotiis opposuisse. *PUPILLOS* enim, ait, *quia fari possint*, omnia, tutore auctore, negotia contrahere, cum furiosis, & *qui fari nequeant*, nihil ipsi gerant efficaciter, & ab omni negotio excludendi censeantur. l. 5. *D. de reg. iur.* Videtur itaque *PAVLLVS*, *pupillum* dicere, qui *fari possit*, & *supra annum septimum* porrexerit spatium viuendi, adeoque discrimen admittere inter *infantem* & *pupillum*: cum, contra, *VLPIANVS* illum qui *pubertatem* attigerit, quamuis minorem XXV. annis, *adultum* appellauerit. l. 1. §. 3. *D. de administr. & per. tut.* Sed constat, hoc discrimen neque ab omnibus, neque perpetuo, obseruatum esse. Hoc quidem certum est, illum qui *adhuc in utero est*, nunquam *pupillum* dici, quamuis in quibusdam causis *infantium iure* censeatur. l. 161. *D. de verb. sign.*

§. II.

Infantes igitur, post notissimas veterum de ætate altercationes, illi *Lustricus* maxime dicti sunt, qui *annum septimum non superauerint*. Neque in illa *dies infantes* re inter *mares & foeminas* discrimen aliquod admissum. Sed s. *POMPEIVS* *mares & puellas* *FESTVS* tamen obseruauit, a) in *lustratione*, *infantes* mares a *foeminis* *discernebat*. *Proseiuinctos*. *LVSTRICI* enim *dies infantium* appellantur, *puellarum octa-fessio natali-* *us, puerorum nonus*: quasi numero Deus impare gauderet, & virtuti se- *um. Infantes* xus masculi, ex deorum iudicio, *impar numerus dierum* conuenientior esse *qui nondum* videretur. Igitur & pueri serius nomen ab agnatis coniunctisue acceperunt. *bant, non* *Diecremaban-*

E 2

y) *GRVT.* oper. inscript. T. I. p. 671. n. 13.

a) *FEST.* de verbor. sign. v. *Lustrici dies.*

z) *Id.* inscr. T. I. p. 682. n. 9.

tur. Infan Die enim *lustrico* infantibus nomina dabantur: *b)* quod etiam PLUTARCHUS *CHVS* *c)* ac SVETONIUS TRANQVILLVS, in vita NERONIS CLAV-
tes vtero ex- *secti. Infans* *DII* *d)* & ex viroque SIBRANDVS SICCAMA *e)* itemque FR. ROBOR-
die bissexto *natus. Bidu-* *TELLVS* *f)* obseruarunt. Sed ISAACVS CASAVBONVS *g)* lustricos dies
um bissexto- *nominalia*, etiam *Ὀνομαστήρια*, subinde appellari docet.
pro vno die Praeterea, inter ipsos infantes, non referebat, quot annos aut men-
accipitur. ses superassent, modo nondum egressi essent *septimum aetatis* annum. Si
 tamen *extremum anni primi diem* infans attigerit, *anniculus* dicetur: ideo-
 que, secundum PAVLLVM, qui extremo anni die moritur, videbitur
anniculus decessisse. l. 123. pr. D. *de verb. signif.* Imo vero idem PAVL-
 LVVS alio loco luculentius, ANNICVLVS, inquit, *non statim, ut natus*
est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die, dicendus est, *non exacto*
die, sed *incipiente*, quia annum ciuilitur, non ad momenta temporum,
 sed ad dies numeramus. l. 134. D. *eod.*

Neque iniucundum fuerit, monere, quod OCTAVIVS FERRARIVS
 obseruat, infantes, priusquam dentes ipsis nascerentur, demortuos, *quasi*
imperfectos homines, non crematos Romae, sed cadauera illorum integra
 tumulo reposita fuisse. *h)*

Ceterum res ipsa loquitur, partus, qui *mortui* nascantur, non esse
 numero *infantium*, illosque, quod PAVLLVS docet, *neque natos* videri,
 neque *procreatos*: & nunquam *liberos* omnino appellari potuisse. l. 129. D.
de verb. signif.

Contra, qui *exfectus* fuerit ex vtero materno, quamuis non ab ipsa
 natura *editus*, *neque prognatus*, iure *infantium* censetur. Ita enim POM-
 PONIVS tradit, qui, *exfectos* quidem *non natos* esse, sed *partus* tamen
 iura in illos conuenire, ait, non a matre progeniti, sed post mortem ma-
 tris, exfecto ventre eius, extracti sint ex vtero materno. l. 11. §. 5. D. *de*
publ. in rem actione.

Enimuero, non locus esset dubitationi, quin eodem iure, quo pro-
 gnati, censeatur, qui viuit, postquam in lucem prodiit, quamuis exfectus
 sit ex vtero materno; nisi PAVLLVS turbas daret, qui falsum esse, ait,
 matrem *peperisse*, cui *mortuae filius exfectus* esset. l. 132. §. 1. D. *de verb.*
signif.

Sed

b) FEST. loc. cit.

c) PLUTARCH. quaest. Rom. 100.

d) SVET. vita

Neron. cap. 6.

e) SICCAMA in fastis Kalendar. c. IV. in GRAEV. thes. ant.

Rom. T. VIII. p. 51.

f) FRANCISCVS ROBERTELLVS, de cognomini-

bus ap. GRAEV. T. VII. p. 1142.

g) CASAVB. comment. ad Persii Satyr. II.

h) OCTAVIVS Ferrar. de vet. Lucern. sepulchr. apud Graev. T. XII. p. 1003
 lit. D.

Sed VLPRIANVS succurrit opportune, & proprie non quidem *peperisse*, ait, matrem, cui partus, *exciso utero*, ademptus sit, sed illam tamen filium *habere*, quae exciso utero, cum moreretur, edere partum possit. l. 141. D. de v. f.

In illa igitur varietate, quid dicemus? Nimirum, de ipso infante, nemo dubitat, quin pro nato habeatur, qui *viuus exsectus fuerit ex utero materno*. Sed si de ipsa matre quaestio fuerit, recte iudicabimus, illam non *peperisse*, sed filium tamen *habuisse* atque reliquisse, quamvis partus ipsi *mortuae* fuerit *exsectus*. Itaque, nisi aliud ex orationis ordine appareat, si legatum matri relictum fuerit sub conditione: si *filium pepererit*, non adquisiuisse legatum censebitur, si utero mortuae exsectus fuerit filius: contra, ubi adscripta fuerit conditio, si *liberos habuerit*, aut *reliquerit*, legatum videbitur valere, quamvis, utero exciso, mortuae extractus filius. Ita IULIANVS etiam respondit, l. 18. D. quando dies legat.

Sed, ut ad aetatem reuertamur, si, quod saepius dictum est, septimo anno partus minor fuerit, iure infantium utetur. Neque cuiquam dubium videbitur, quin a die *natali*, aut quo editus fuerit infantulus, initium numerandi faciamus.

Sed *natiuitatis tempus* ne in controuersiam adduci possit, M. ANTONINVS PHILOSOPHVS si IYLIO CAPITOLINO, in vita eius, fides est i) primus coegit ciues vniuersos, *profiteri natos liberos, intra vicesimum a natiuitate diem*, nomine imposito, apud praefectos aerarii Saturni. In prouinciis etiam *tabulariorum publicorum* vsum instituit, ut apud illos, de *originibus* liberorum, uti apud praefectum aerarii Romae, *professiones* fierent, & *testationes natalium* ab his acciperentur, k) quod FRANCISCVS ROBORELLVS etiam notauit. l) Rem ipsam non semel veteres interpretes iuris attigerunt. Placuit enim, credi *professionibus*, quae intra tempus legitimum factae essent, cum res recens facile inuestigari potuerit: nisi manifesta fraus probetur. TARENTIVS CLEMENS etiam *au*, etiam *matris professionem* recipiendam esse, ait. l. 16. D. de probat. qui, si diuersae de eiusdem filii natalibus professiones proferrentur, Caesarem constituisse, docet, ut *veritas* excutiat, & iudex illud, quod credibilius videri possit, maxime sequatur: quod si fieri non possit, cum de statu *aetatis* quaeratur, standum ea professione non esse, quae infanti nocitura videatur. Itaque tunc illam sententiam, quae partui faueat, accipiemus. l. 13. D. de probat. quod fere video etiam DIOCLETIANO & MAXIMIANO placuisse. l. 22. C. de liberali causa. Interim, si non inueniatur professio, aut omnino suspecta sit, non prohibentur liberi etiam alio uti genere probationis.

E 3

l. 15.

i) IYL. Capitolin. in vita M. Anton. philos. c. 4.
de grad. honor. in thes. Grauii T. III. p. (41.)

k) Id. ibid.

l) ROBERT.

L. 15. C. de *liberal. causs.* Nostri fere, *ex libris ecclesiasticis* facile probauerint natalem diem. PASTORIS enim, aut *scribae ecclesiastici*, testimonio, ex libris ecclesiasticis petito, fides est. Sed finge, hos combustos, aut amissos: quid dicemus? inprimis si de *orbis* aetate dubitetur. Memini, in illa re, etiam *iudicis domicilii* asseuerationem maxime in re recenti, cum infans non ita pridem natus esset, suffecisse. Creditur enim iudex facile nosse conditionem & origines ciuium: ut pastores ouium foeturae, qua grex suppletur, & annos, atque menses, quibus quisque agnus a matre editus fuerit, facile enumerabunt. Sed desideramus, ut idoneam rationem suae scientiae, ex negotiis coram se gestis haustae, iudex afferat, si de *aetate* ciuium testetur.

Sed ex diuerticulo in viam redeamus. Nimirum annos *infantiae*, ex *die natali*, quo editus est *infans*, computamus. Sed in illa re alia nobis non minima difficultas obiicitur, si quis *bissexto*, id est, *intercalari die*, editus dicatur. Olim quidem certe, in republica Romana, constat, *sacerdotes*, quibus haec cura temporis, propter ferias, commendabatur, quoties annorum orbes definitos numero dierum a cursu solis deflexisse obseruabant, quodcumque visum esset, sed inprimis mense FEBRUARIO, anni, tunc postremo, post *terminalia*, quae immota erant, ex arbitrio intercalasse, donec anni cursus cum sole in gratiam rediret. Hoc enim AVRELIVS MACROBIUS testatur. ^{m)} Aliquando etiam propter superstitionem plane non intercalatum est, aliquando per gratiam multi dies interiecti. Sed ne illa *interiectione* nomina & ordines dierum ac mensium perturbarentur, placuit, hoc tempus, atque hos dies, qui interierentur, *pro superuacuis* accipi, computationibus & nugis extrahi, in negotiis administrandis illorum rationem non haberi, sed, quasi cum illo die, post quem intercalatum esset, dies *intercalares* cohærent, hos quidem pro nullis, aut certe pro accessione diei proxime præcedentis, in republica censerent. Hoc enim idem, quem antea laudaui, MACROBIUS testatur ⁿ⁾ & inprimis IOSEPHVS SCALIGER ^{o)} DIONYSIVS PETAVIVS ^{p)} & ERYCIUS PVTEANVS, ^{q)} probauerunt. Hoc est, quod CELSVS refert, Catonem putauisse, tempus *intercalare* addititium esse, *omnesque eius dies pro momento temporis haberi*. l. 98. §. 1. D. de *verbor. sign.* Ex eo fonte deducitur, quod MACROBIUS ait, non nunquam *per gratiam* sacerdotum, *ut publicanis consulto proferrent vel imminuerent* dies anni, intercalatum & modo auctum, modo retractum, esse spatium intercalationis. ^{r)} Ex quo loco intelligitur, *publica-*

^{m)} MACROB. L. I. Saturn. c. 13.

ⁿ⁾ Id ibid. c. 14.

^{o)} SCALIGER de

veter. anno Rom. in Graeu. thes. T. VIII. p. 310. sp. ^{q)} PETAVIVS in doctrina temporum L. II. c. 71. & L. IX. c. 45.

^{p)} PVTEANVS de bissexto in Graeu. thes. T. VIII. p. 424. sqq. & 448. sqq. ^{r)} MACROB. I. Saturnal. 14. init.

blicanos, qui vsque ad extremum anni diem, post quem intercalabatur, publica conduxissent, per omnes *dies intercalares*, qui sequebantur, continuasse negotium, illosque, quasi *cum priore cohærent*, *apposuisse lucro* suo, ideoque, in negotiis administrandis, totum illud tempus pro accessione diei proxime superioris acceptum esse.

Sed, correctis temporum & KALENDARIJ rationibus, IVLIVS CAESAR effecit, ut quarto quoque anno, ante quinque mensis Februarii postremos dies, ideoque post *sextum Kalendarum mensis* proxime sequentis, dies vnus, qui cum priore *sexto Kalendarum* cohæreret, intericeretur. ^{s)} Qua re euenit, ut *bis sextum Kalendarum* in Fastis inscriberent, ideoque diem intercalarem commodissime *bis sextum* appellare posse, viderentur. Quæ cum ita sint, recte CELSVS noster, cum *bis sextum KALENDIS* est, inquit, *pro vno die illud biduum habetur*: ideoque nihil refert, *utrum quis priore an posteriore die natus sit*: & deinceps *sextum KALENDAS* eius dies natalis est: ideoque quo anno non intercalatum est, *sexto KALENDAS* natus censebitur: cum *bis sextum KALENDIS* est, *priorem diem natalem habet*. l. 98. pr. D. de verb. sign. Itaque, cum nos quidem diem Februarii vigesimum nonum intercalarem habeamus, illo qui natus sit, *vigesimo octauo eiusdem mensis die censetur editus* fuisse; & ab hoc quidem die septem anni infantiae eumerantur. Ita fere VLPIANVS etiam de *minoribus* respondit, ut nihil referat, priore quis an posteriore *bis sexti* die natus sit, *cum illud biduum* pro vno die habeatur. l. 3. §. D. de min.

Hoc igitur biduo HERCVLES *sine miraculo* nasci potuisset, qui

Nocte vna non poterat creari ^{z)}

Discedam ab hoc loco, si adiecero, dubitasse MARCELLVM, utrum in omnibus negotiis *intercalaris* dies illi proficiat, qui certo die aliquid facere iussus sit, quamuis illud biduum, quo intercalatur, *pro vno die habendum* videatur. l. 2. D. de diuers. temporal. præscript. Et ipse quidem MARCELLVS facile largitur, in tempore, quod iudicatis constitutum est, aut quo lis perit, *die intercalari auctum tempus esse*, itemque si de vfucapione sit controuersia, quæ constitute tempore soleat expleri: sed, in lege commissoria, si emtori hæc lex dicta sit, ut, nisi intra XXX. dies pretium soluerit, res inemta esset, contra putat. d. l. 2. de diuers. temp. præsc.

Mihi quidem videtur, hoc discrimine interiecto controuersia definiri posse, ut aliter sentiamus, si quis intra certum numerum *annorum*, aliter, si, intra certum spatium *dierum proximorum*, aliquid iussus sit præstare. In

^{s)} MACROB. l. saturn. 14.

^{z)} SENECA. tragoed. Agamemnon. act. III. v. 826.

In *annis* enim numerandis, merito regulam iuris sequimur, ut dies intercalaris cum proximo die præcedente coaluisse videatur. Dum enim annos dicimus, spatium annorum intelligimus fastis definitum, in quibus intercalaris dies, cum illo, post quem intercalatum est, pro vno die continuo habetur. Sed dum dies singulos & proximos debitori definimus, videbimur, de *diebus naturalibus* sensisse. *Naturaliter* autem intercalaris dies cum præcedente *non cohæret*, sed ipso numero horarum est discretus. Quare nemini, cui *spatium SAXONICVM*, id est, *quadraginta quinque* dierum sententia definitum sit, nemini, inquam, auctor sim, ut *diem intercalarem pro nullo* & superuacuo habeat, cum hoc quidem tempus de *diebus naturalibus* accipiat. Quamvis interdum in pœna contumaciæ constituenda benigniorem sententiam sequamur.

Habes igitur tempus, a quo septem annos *infantiæ* plerumque numeramus. Superest, ut de *die* cognoscamus, quo *infans annum septimum* expleisse censeatur. Et MARCIANO quidem in *pueribus* iudicandis placuit, si quis decimo quarto ætatis anno pridie kalendarum post horam sextam noctis, testamentum fecerit, qui *ipsis kalendis Ianuariis* natus sit, valere testamentum; cum iam *coeperit natatem diem attingere*, adeoque illum compleuisse videatur. l. 5. D. *qui testamenta facere poss.* Itaque dicemus, *infantem* qui natalem quidem diem, nec tamen horam, qua natus est, attingerit, septem annos egressum esse, & *infantia maiorem* iudicari. Et hoc quidem iure utimur, si de *infantis favore* & *commodo* quæramus. Contra, si de eius *incommodo* tractemus, aut si *damnum* ad ipsum perueniat, qui *infantiam* egressus esse iudicatur, si *captus* die natali videatur, obtemperamus VLPIANO qui etiam in minoribus, qui *capti* sint postremo die, admisit, ut, si diem natalem *non compleuerint*, a momento ad momentum, id est, ab *hora natali usque ad natalem horam*, tempus computemus. l. 3. §. 3. D. de min.

§. III.

Nascendi Accepisti igitur, ex quo tempore, & ad quod usque tempus, liberi pro natis habentur etiam cum de favore tertii quæritur si æquitas hoc postulet. Infantes pro absentibus habentur. Ipsi tantum cum in

Accepisti igitur, ex quo tempore, & ad quod usque tempus, liberi prognati iure *infantium* utantur. Sed *nati* demum censentur iure *infantium*: interdum & *nascendi*, si de *ipsorum commodo* quærat. PAVLLVS enim docet, eum, qui nasci speratur, esse *superstitem*, tunc verum esse, cum de *ipsius iure* maxime quærat, aliis autem, nisi natus sit, illum *non prodesse*. l. 231. D. de verb. signif.

Imo vero commodius & curatius dicemus, *infantem* fingi illo tempore inprimis natum, quod *ipsi utilissimum* videri possit. Indicamus enim aliquando partum *serius* prognatum, si hoc *ipsi profuturum* esse, intelligatur. HERENNIVS certe MODESTINVS respondit, si eo tempore ancil-

la enixa sit, quo ipsa manumitti debuisset, partum ingenuum videri, quasi ^{toribus suis} post manumissionem natum. l. 22. l. 15. & 16. D. de statu homin. ^{curam absen-}

Sed meretur observari, etiam *tertio prodesse illum, qui in ventre est*, ^{rium suscipe-} si utilitas eius cum utilitate tertii coniuncta sit, aut si in argumento *benignæ* ^{re possunt.} interpretationis occupemur, aut si *alter locupletior fieret cum damno ter-* ^{Infans usum} *tii, nisi nascendus pro nato haberetur.* Ita verna nascendus, pro nato ac- ^{bahere ne-} cipitur, *in domini fauorem*, si mater *prægnans* surrepta sit, ideoque par- ^{quit. Qui di-} tus, postea a matre surrepta editus, ne quidem a bonæ fidei possessore ^{cantur ad-} *usucapi* poterit, cum & ipse *furtivus*, & *quasi ante furtum natus*, cum ^{ulti.} *Erwachsene* matre sua surreptus videatur. Ita IULIANVS præcipit. l. 26. D. de statu ^{Rinder?} homin.

Sed apertius idem IULIANVS etiam *inter ingenuos* admisit, ut patri, aut heredibus eius, pro sit *nascendus*, quasi *viuo patre* editus fuisset. Is enim, cui *hac conditione* aliquid legatum est, quando liberos *habuerit*, si, *prægnante uxore relicta*, decesserit, quasi *expleta* conditione videbitur decessisse. l. 18. D. quando dies legat. Censebitur enim mortis tempore iam *fuisse*, qui in utero relictus sit, quod TERENCE CLEMENS præcipit. l. 153. D. de verb. signif. Apposite etiam CELSVS noster, si quis, inquit, *prægnatem* uxorem reliquerit, *non videbitur sine liberis decessisse*. l. 187. D. de reg. iur.

Certe, qui in utero est, etiam *in fauorem tertii, pro nomine habetur*. VLPIANVS enim docet, *prægnantis mulieris* consumendæ, quamvis damnatæ, *supplicium differri*, imò ne *quæstionem* quidem de illa *haberi*, quamdiu *prægnans* est, ne partui *innocenti* noceatur. l. 3. D. de poenis. Nec dubitari potest, quin *fustigatio* matris *prægnantis non solum differatur, sed etiam remittatur* matri propter partum. Res enim ipsa loquitur, si in carcere detinenda esset, pœnæ differendæ causa, ipsam hanc *diuturnitatem carceris* matri *prodesse ad pœnæ mitigationem*. Igitur mater *prægnans*, confestim, remissa *fustigatione*, relegatur.

Sed ad *infantes* vere natos redeamus. Hoc quidem expeditum est, *infantes* pro absentibus haberi.

Generaliter enim FLORENTINVS, si quis *coram altero* aliquid facere debeat, non videtur, inquit, *præsente eo* fecisse, *nisi hic intelligat*, quid agatur. Itaque si furiosus aut *infans* sit, *coram* illo non videbitur aliquid fecisse. l. 209. D. de verb. sign. Quare receptum est, ut pro his, *qui fari nequeant, vel absint*, tutores iudicium accipiant. l. 1. §. 2. D. de administ. & peric. tut. Ex hac causa PAVLLVS etiam deducit, ut *pupillus* ne *pati quidem posse videatur*. l. 110. §. 2. D. de reg. iur. cum non intelligat, quid patiatur, adeoque lædi sua patientia non possit. *Absentes* igitur habentur, imò *furiosis* infantes comparantur. Sed est tamen

discrimen inter *furiosos & infantes*. Certe, si *infans* etiam vere *furere* incipiat, per *morbum, cum tumultu*, non tamen curatorem accipiet *furiosus*, sed, propter *ætatis miserationem* a tutoribus regetur, qui *testamento* patris ipsi sunt relictæ. Præterea, quamvis ipse *infans habeatur pro furioso & absente*, tamen nihil impedimento est, quo minus possit *curam absentis* suscipere, per *tutorem suum*. Enimvero *cura absentium ad patrimonium infantis* pertinet, & *pro occupatione præmatura hereditatis legitimæ habetur*, ideoque heredibus absentis sanguine coniunctis, iisque *proximis*, sine discrimine defertur. Hoc CARPZOVIVS, ^{u)} & BEYERVS ^{z)} observarunt.

Singulare est, quod quamvis *usumfructum*, quo patrimonium augeatur, *infans* habere possit, tamen *usum non semper habere posse videatur*. Aperte enim POMPONIUS l. 55. D. de usufr. si *infanti usus tantum relictus sit, hunc interim nullum esse*, ait. Pleraque enim, quæ ad *usum* referuntur, & *immediate* percipi debent ab *usuuario*, non proderunt *infanti*. Certe *usum equi, armorum, bibliothecæ, suppellectilis*, frustra dederimus *infanti*. Sed receptum est, *omnia iura, etiam quibus iam quidem uti nequeat, infanti integra servari*. Itaque quamvis *usus interim nullus sit*, cum tamen *infantis ætatem usuarius exceßerit, esse usus ille incipiet*, qui est *legatus. d. l. 55. D. de usufr.*

Extremo admonendum est, *filium, quamvis infantiam exceßerit, infantie proximum, infantia maiorem, non adultum, appellari*. *Adulti* enim nomen *puberibus* accommodatur. l. 1. §. 3. D. de administ. & peric. tut. Nostri *adultos, erwachsene Kinder*, solent appellare. Hac voce AUGUSTISSIMVS LEGISLATOR *noster* usus est, dum constituit, si *pater in ius vocandus sit, liberis adultis, den erwachsenen Kindern*, citationem insinuari posse. tit. IV. §. 2. ordin proc. Sax. recog. Neque dubito hac voce, *erwachsene Kinder*, *adultos* intelligi, qui commode negotium perficere, & parenti rem indicare possint, quod, apparet, in *puberes* inprimis convenire.

^{u)} CARP. P. III. constit. 15. def. 48. n. 4. & 8. c. 27. th. 47.

^{z)} BEYER. iur. Germ. L. I.



LXVI.

LEX COMMISSORIA SVBHASTATIONIBVS TACITE IN EST.

VITEMBERGAE, DIE XXVIII. NOVEMBER. A. R. S. CID ID CC XLVI.

C. PLINIVS CAECILIVS SECVNDVS
in *libr. IX. epist. XXVI.*

Tutius per plana, sed humilior & depressius iter: frequentior curren-
tibus quam reptantibus lapsus: Sed his non labentibus nulla laus, illis non
nulla laus, etiam si labantur.

§. I.

Conquestus est saepe immortalis nominis Ictus, Io. HENRICVS de *Querela Ber-*
BERGER, cum in resolutionibus legum obstantium tum in electis discepta- *geri et speci-*
tionum forensium, quod CARPZOVIVS, PHILIPPI ceterique DD. Saxonici, *es in foro ob-*
qui integram subhastationis materiam ex instituto exposuerunt, doctrinam *ueniens de le-*
de additione in diem ac lege commissoria, quas hastae publicae quemadmo- *ge commissio-*
dum venditioni rei fiscalis tacite inesse arbitratur, penitus omisissent. In *ria tacita fe-*
foro cum aliquando obueniret eiusmodi species, ut praeter spem iudex im- *copiam.*
mobilia sub hasta publica distrahens a concursu creditorum conveniretur,
quod propter pretium, sub distinctis temporibus promissum, in subhastato
praedio dominium vel hypothecam expresse non reseruaverit, atque ille id
ipsum propter legem commissoriam tacitam minus necessarium fuisse, re-
sponderet, resque inter partes fortuna ambigua disceptaretur: querela BER-
GERI mihi admodum visa est iusta, cum perlustratione deinde complu-
rium iuris commentariorum edoceret, hoc argumentum vel parum vel levi-
ter ac non sufficienter ab interpretibus iuris Romani & Saxonici esse ex-
cussum, a plerisque fere silentio praetermissum. Cogitanti igitur mihi de
specimine, quod ab illis, qui honores petunt, exhibendum est, argumenti
non vulgaris & ad utrumque ius & civile & patrium spectantis, in mentem
redit BERGERVS, operaeque pretium me facturum esse existimaui, si de

pactio speciatim commissorio, quod emtionibus venditionibus sub hasta tacite inest, illisque continetur, quantum per vires atque ingenii mediocritatem fieri potest, deficiente lege speciali ex natura negotii exponerem. Quid enim frequentius in foro subhastationibus, quid spinosius subtili illa de lege commissoria disputatione? Interim tamen relicta in medio tacita additione in diem id ipsum monere non negligam, PHILIPPVM omnino huius doctrinæ c. 3. *comm. 16. n. 138. seqq. de subhast.* non immemorem fuisse, ut appareat, hunc locum BERGERO forte non obuenisse.

§. II.

*Per legem
intelligitur
conditio.*

Nihil itaque prius, nihil antiquius habeo, quam, ut significationes verborum, quibus in hac commentatione maxime utar, cognitæ rite perspectasque reddam. Primo posset aliquem mouere, quid per legem hic intelligatur? Concors fere omnium DD. est sententia, legem in hoc argumento non pro dispositione superioris, sed pro pacto, quo contrahentes quasi lege quadam teneantur accipiendam esse, cum & veteres magistri artis nostræ eo sensu hac loquendi formula vrantur, & Ictis recentioribus illa familiaris sit, ut dubitari nequeat, pactioes subinde legis nomine venire. Non ignoro ARISTOTELEM iam olim *rhetor. libr. 1. c. 14.* pactum (*συμφωνίαν*) per *νόμον ἰδίων* definiuisse, neque me fugit, capitulationem imperatoris Romani, quæ pacti inter cæsarem & electores quodam modo rationem habet, legem tamen regiam Germanorum vulgo appellari, neque ignotæ sunt *l. 40. & 68. ff. de contr. emt.* in quibus pactioes legis denominatione exprimuntur, neque sum nescius, hanc appellationem esse impropiam, translato scilicet legis nomine ad pactioes propter effectus paritatem, cum & lex publica perinde ut pactum actiones ciuium reformet, limitet et restringat, quod LAUTERBACH in *coll. theor. pr. Lauterbach. l. 18. Tit. 3. §. 1.* obseruat. Neque tamen minus elegans est illorum opinio, qui legem non significare ipsum pactum, sed formam, qualitatem vel conditionem per pactum contractibus adiectam, existimant, illaque inter se differre tradunt ut causam & effectum, atque ad *l. 7. §. 5. ff. de pactis* prouocant, in qua VLPIANVS pacta dare legem i. e. conditionem, contractui docet. Neque enim alio sensu auctor *Nov. 136. c. 1.* hac formula utitur, dum pactum ait contractui formam & regulam addere, quam regulam VLPIANVS in *l. 7. §. 5. ff. de pact.* legem appellauit. His rationibus & aliorum etiam argumentorum conuictus soliditate facio cum GOTHOFR. AIENA in *tr. de lege commiss. th. 3.* qui legem hoc loco pro conditione pacti accipit, cuius chartas compilare non audeo. Igitur alienum est a tautologiae vitio & tolerari omnino potest iuris canonici in *c. 7. X. de pign.* expressa formula, qua lex commissoria pactum legis commissoriæ dicitur

citur, quam cum DVARENO, CUIACIO, ANTONIO FABRO aliisque STRYKIVS in usu mod. ad tit. de lege commiss. vt ineptam nimis injuste reprehendit. Pontifex enim videtur legem pro conditione accepisse, vt pactum legis commissoriæ notet illud de conditione contractus, quæ lege commissoria continetur.

§. III.

Accepisti, quo sensu legem in hac commentatione sumam, superest, *Cur dicatur ne quid me postea perturbet, vt indicetur, cur lex illa commissoria audiat.* *commissoria.* Non conueniunt Icti de origine huius formulæ, qua nomen legis commissoriæ huic pacto accommodatur. Alius aliam affert rationem, & noua, ingeniosa magis quam versimilis est sententia HENRICI de COCCEII, quam SAMVEL filius in iure controu. l. 13. tit. 7. de pignor. act. laudet. Audiamus ipsissima verba COCCEII: *Committi ea, quæ contraria sunt, tunc dicuntur, cum facultas inuicem agendi incipit, ita prælium committi dicitur, cum duo exercitus signo dato concurrere incipiunt. Atque ita ad eius imitationem negotia quoque ciuilia nonnunquam committuntur: inprimis cum a lege agendi ex eis facultas suspenditur: in momento enim, quo id factum, vel casus existit, quasi signo dato incipit agendi in inuicem & congreendi facultas, atque ita in momento illo committuntur partes, vt quasi in pugna litem conferere possint: huius igitur pacti momentum est quasi classicum, & signum illud, quo dato ius mihi deberi incipit, indeque recte dicitur, negotium siue ius committi, vt ipsa pugna.* Quis enim non statim intelligit, hanc comparisonem e longinquo inuita propemodum Themide esse petitam? Propius ad rem accedere videntur illi, qui committere interpretantur peccare vel contrauenire, atque ita per legem commissoriam, legem transgressionis, qua fides in contractu data violatur, intelligunt, ea potissimum commoti ratione, quoniam in l. 4. §. 2. ff. de L. comm. verba: *commissa lege*, luculenter violatam legem norant, deinde in l. ult. §. fin. eod. commississe, idem illud atque in legem commissionis peccasse significat. Sed verisimilior eorum est opinio, quæ & antiquæ latinitatis scriptorum & legum auctoritate stipata committere, per dominium & ius acquisitum amittere, perdere & vti BEYERVS in possit. ad ff. de L. comm. loquitur, *prætensionibus suis excidere*, wenn das ganze Recht verfallen, interpretatur. Sane si M. TVLLIVM CICERONEM arbitrum addmittamus ille in l. 13. epist. ad famil. 56. *commissas* ὑποδυνας appellat, id est, amissas prorsus vel extinctas, neque minus C. SVETONII TRANQVILLI in CALIG. c. 41. locus sententiæ nostræ admodum conuenit: *huiusmodi, ait, vectigalibus indictis neque propositis, cum per ignorantiam multa commissilla fierent, tandem flagitante populo Romano proposuit legem.* Nihil cer-

tius est, commissa ibi, iura amissa & deperdita notare. Cui nostræ interpretationi eo maius accedit robur, quo confidentius affirmare possumus, legum architectos eodem sensu hac formula usus esse. Quid enim est, quod in l. 11. ff. de publ. vectores, qui naui illicitas res imposuerunt, capite puniri, commissis mercibus dicuntur, nisi hoc pro amissione ac speciatim pro confiscatione mercium accipiat? Quid denique clarius illo, quod *ULPIANVS* in l. 14. ff. de publ. disserit, quod commissum est statim definit domini esse? Quæ cum ita sint, illis tamen dicam non scribam, qui utramque vocis, commissoriæ, significationem, ut committere sit peccare & ius amittere, in hac formula concurrere arbitrantur, quorum numero *RANZKIVM* non iniuste accensimus. In commentario enim ad ff. l. 18. tit. 3. ita sentit: *quia emtor pretium non soluens in hoc pactum quasi committit, & ita potestatem facit venditori hoc pactum exercendi & rem recuperandi. Hic enim est usus in iure nostro verbi committere, quod significat propter delictum alicui quasi potestatem facere poenam promissam vel simile quid exigendi. Sic merces, quæ fisco, ob delictum eas non profitentis vindicantur, committi & merces ipsæ commissum dicuntur l. 14. & 16. ff. de publ.*

§. IV.

*Definitio et
formulae.*

Ex his, quæ iam de vocabulorum notatione disputata sunt, quodammodo iam apparet, quid sit illud pactum, quod legis commissoriæ nomine venit. Cum autem hoc pactum aliis quoque negotiis accedere possit; quemadmodum *GOTHOFR. a IENA* de pignore, de locatione conductione, de emphyteusi & feudo docuit, *GROTIUS* vero l. 1. c. 3. §. 16. & c. 4. §. 12. de iure B. & P. in delatione imperii principes sub lege commissoria obligari posse memorer, cuius sententiam tuetur *ILL. DN. a LEYSER* in medit. ad ff. sp. 198. coroll. 2. de l. comm. necesse est, ut inprimis præstruamus, nos circa legem commissoriam, quæ in contractu emtionis venditionis occurrit, vnice esse occupatos. Igitur legem commissoriam per qualitatem siue conditionem resolutiuam, ut pretio intra iustum ac definitum tempus non soluto emtio venditio sit nulla, definimus. Formulas huius pacti, quibus contrahentes olim utebantur maxime, *POMPONIVS* in l. 2. ff. de l. comm. si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, *ULPIANVS* in l. 4. pr. eod. ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret fundus, *SCAEVOLA* l. fin. eod. ut arrham perderet & inemptæ villæ essent, & idem *SCAEVOLA* l. 10. §. 1. ff. de rescind. vendit. ut si ex die pecunia omnis soluta non esset, & venditor ea prædia venisse noller, inuendita essent, suppeditant, largiorem vero earum copiam

BARNABAS BRISSONIVS in commentario eleganti de formulis & solemnibus populi R. verbis. l. 6. p. m. 505. colligit.

§. V.

Duplici ratione in contractibus adesse potest lex commissoria, vel est *Quo sensu di-* expressa, cum nominatim eam contrahentes adiiciunt, vel tacita, quæ ex-*catur tacita.* pressæ opponitur. Hanc ideo tacitam vocamus, quoniam citra expressam partium conventionem ex dispositione legis vel ex consuetudine, quæ legis vigorem habet, l. 32. §. 1. ff. de leg. negotiis inest, & nisi aliud aperte actum sit, subintelligitur. Ita BERGERVS, ex lege, venditioni rei fiscalis conditionem commissoriam, exemplo tacitæ additionis in diem l. 21. §. fin. ff. ad munic., quæ propemodum eiusdem est naturæ, tribuit; ita moribus hodie tacite illam subhastationibus semper adiici arbitratur, id quod iure Saxonico recentissimo per ORDIN. PROC. RECOGN. ad tit. 39. §. 17. re ipsa confirmatum est. Hæc est vera vocis *taciti* in hoc argumento notatio, quamvis variæ adhuc occurrant in iure civili, quarum indicem idem BARNABAS BRISSONIVS de verb. significat. exhibet.

§. VI.

Per subhastationem, quæ apud classicos linguæ latinæ auctores eleganter per metonymiam hasta publica haud raro audit, vt apparet ex loco COR-*Quid sit sub-* NELII NEPOTIS in Attico c. 6., illum intelligimus actum iudicalem, *hastatio.* quo bona vendenda a magistratu rite in publicum exposita plus offerenti *Eiusdem va-* conceduntur, & differt ab auctione, quia hæc priuata auctoritate plerum-*riae denomi-* que suscipitur, aut certe si publice fiat, duntaxat ad mobilia refertur. *nationes.* Generali vocabulo, quod vtramque sub se comprehendit speciem, si quid plus licitantibus venditur, sectionem appellamus, quæ vox licet olim nihil aliud quam confiscationem, qua damnatorum & proscriptorum bona vendebantur, significaret, postea tamen ad quamvis auctiorem & publicam & priuatam transit. Egregium eius rei vestigium habet FLAVIVS EVTROPIVS l. 8. c. 6: *instrumentum*, inquit, *regii cultus, facta in foro diui Traiani sectione distraxit, vasa aurea, pocula cristallina, & murrhina, uxori ac suam sericam ac auream vestem: multa ornamenta gemmarum: ac per duos cotinuos menses venditio habita est.*

§. VII.

In honorem venditoris, quod ait GERH. NOODT. in comment. ad ff. Probatu lex §. 1. de L. comm. in poenam vero emtoris emtioni venditioni priuatae additur *commissoria* lex commissoria. Haec est ratio, cur in venditoris positum sit arbitrio, ve-*subhastatio-* litne legem commissoriam exercere, id est, contractum resolvere, an em-*nibus tacite* *inest.* *rorem*

torem via iuris ad soluendum pretium adigere. Quod cum *l. 3. ff. de L. comm.* expresse cautum sit, eius dispositionis causam hanc esse maxime arbitror, quia omnes licentiam in *l. 29. C. de pact. & Nou. 136. c. 1.* habere dicuntur, his, quae pro se introducta sunt, renuntiandi, siue quoniam, quod *BRUNNEMANNVS ad l. 3. ff. de L. comm.* commentatur, quando in aliquius fauorem actus redditur nullus, sub hac tacita conditione hoc fieri intelligitur, si ille cuius fauorem respicit, actum nullum esse velit. Hac adductus ratio in eam primus incidit cogitationem *BERGERVS*, legem commissoriam, expresse quamuis non sit adiecta, tacite tamen subhastationibus inesse. Nihil enim eius naturae ac definitioni magis consentaneum esse autumat, quam ut arbitrio iudicis subhastantis, aut eorum, quorum interest, permittatur, utrum compelli licitatore[m] eiusue heredem velint ad deponendum pretium, an potius repeti subhastationem. Vnde etiam varie pronunciari affirmat, modo ut licitator pretium deponat simpliciter, modo ut fundus vel res emtore non solvente denuo hastae publicae subiiciatur, daß in Verbleibung dessen mit Subhastation des Guths anderweit gebührend billig verfahren werde. Quod quidem vix alio, quam ad legem commissoriam referre possis. Fauet doctrinae *BERGERI* de lege commissoria, quod illa in subhastationibus, quamuis expresse non sit adiecta, locum habeat, *WERNHERVS in obs. 353. P. X. p. 631.* eamque praeiudicio *ordinis iuridicis Vi-tembergensis* corroborat.

§. VIII.

Aduersarii refutantur. Sententiam *BERGERI* cum prorsus meam faciam, necesse est, ut tela aduersariorum retorqueam. Obiiciunt maxime, non esse in venditoris voluntate positum, ut possit contractum emtionis venditionis ex capite non soluti pretii rescindere, aut ab eo, inuito emtore, resilire, id quod *l. 8. C. de contr. emt. vendit. & l. 3. C. de rescind. vendit.* manifeste prohibet, atque ita circa expressam contrahentium conventionem poenam legis commissoriae perpetuo cessare. Sed quis non statim videt hanc legem loqui de priuatis atque ordinariis venditionibus, non de subhastationibus publicis, quae a DD. non absone venditiones privilegiatae vocantur. Quarum fides cum non conuelli debeat, *arg. l. 8. C. de remiss. pign.* propter utilitatem publicam merito eiusmodi privilegio gaudent, ut, si licitator tergiuersetur statim tempore pretium soluere, iudici vel iis, quorum res agitur, permissum sit, rem subhastatam, rescisso contractu, reuocare. Certe qualitatem & conditionem negotii rectissime ex fine aestimamus. Sed in venditionibus publicis id maxime agitur, ut creditoribus quantocyus ex bonis debitoris obaerati, qui iam diu creditores detinuit, satisfiat. Hunc finem frustra quaesueris, nisi emtori necessitas imponatur pretii confestim & sine noua mora exsoluendi, quod com-

commodissime efficietur, si emptorem metu legis commissoriae ad fidem implendam adigamus.

§. IX.

Alia tamen a dissentientibus mouetur controuersia, nimirum non naturaliter emtioni venditioni inesse legem commissoriam, sed iure tantum per mittente ac non reprobante, ideoque non adiectam a partibus nunquam praesumi, suaeque opinionis praesidium in l. 13. §. 26. ff. de act. emt. vendit. se inuenisse gloriantur, ubi ULPIANVS pactiorem commissoriam aperte, legem contractui dictam, non improbatam nominat. At enim vero, quamuis nec ipse affirmare audeam, ad naturam siue ad naturalia emtionis venditionis spectare legem commissoriam, sed quia a mero paciscentium arbitrio saltem dependet, ad accidentalibus potius eiusdem contractus referam; nihil tamen ob stare video, quominus illam subhastationibus auctoritate publica susceptis citra expressam pactiorem tacite inesse defendam. Cum enim illud, quod superius in §. II. dixi, negotio tacite inesse credatur, quod vel a lege vel a consuetudine, cuius eadem cum lege vis est ac potestas §. 9. I. de iure natur. & gent. definitur, porro ex antea dictis iam pateat, moribus hodiernis & per ordinat. proc. recogn. in Saxonia probari, quod licitator, fide neglecta, iusto tempore pecuniam non numerans, iure excidat suo, atque si ex re videatur, noua haud raro suscipiatur subhastatio, necesse omnino est, ut pactum hoc commissorium in hasta publica praesumatur, nec est, quod illud ius odiosum appelles, cum publica illud postulet utilitas, ut venditionibus publicis eo maior accedat fides atque auctoritas. Non patrocinator illis, qui odium pacti commissorii defendunt, l. 1. pr. C. TH. de commiss. rescind. quae lex in l. ult. C. Iust. de pact. pign. paene tota relata legitur, quamuis IMPERATOR CONSTANTINVS inter alias captiones praecipue commissoriae legis asperitatem crescere ibi rescribat. Quod cum de contractu pignoratitio duntaxat sit intelligendum, IACOBVS GOTHOFREDVS in commentario ad CODICEM THEODOSIANVM recte ineptam appellat eorum sententiam, qui cum SALMASIO hanc legem ad pactum commissorium in venditionibus pertinere existimant.

§. X.

Dissoluitur contractus l. 1. ff. de l. commiss. existente conditione, id est, Subhastatio res sit inempta, exinde prone alicui consequitur, ut interim dominium certa est titulus, ratione transferat ad emptorem. Dominia autem rerum cum suas debeant adiudicatio habere causas, eaque sint vel remotae, quae ius ad rem, vel proximae, quae modus acquirendi domini. dominium & ius in re tribuunt, quarum priores tituli, posteriores modi acquirendi vocantur. HEINECCIUS ad ff. P. VI. §. 162. quidni subhastatio.

stationem, quia species est emtionis venditionis, ad titulos habiles §. 40. *I. de R. D.* adiudicationem vero per expressum textum §. 7. *I. offic. iudic* quæ reuera nil nisi mera traditio iudicialis est, ad modos acquirendi domini referam. Accedit *l. 6. §. 1. ff. de usufr.* videantur præterea CARPZOVIVS *P. 3. C. 16. defin. 10.* & PHILIPPI *de subhast. c. 4. comm. 3. n. 2.* Quemadmodum autem venditæ res & traditæ non aliter acquiruntur emtori, quam si is venditori pretium soluerit, vel alio modo ei satisfecerit, vel fidem emtoris secutus fuerit venditor *per §. 41. I. de R. D.* quem operose interpretatus est ANTONIVS a MARA *de concursu credit l. 1. t. 1. n. 15.* ita etiam ex causa subhastationis res adiudicatæ, non nisi soluto vel deposito licito *l. 5. §. 1. ff. de iure fisci*, aut fide de pretio habita, ad quam creditorum consensus inprimis necessarius est, in licitatoris transeant dominium BERGERI *discept. for. p. 1195.* Quibus licet requisitis, in emtione venditione immobilium priuata, ex dispositione *decis. el. 61.* & resignatio & traditio siue inuestitura iudicialis ad effectum transferendi domini iure Saxonico adiungenda sit, priorem hodie secundum *ordin. pr. recogn. ad tit. 39. §. 18.* & olim iure Saxonico in adiudicatione necessariam fuisse, cum BERGERO *in oecon. iuris l. 2. t. 2. §. 20.* merito negare possum, propterea quod subhastatio plerumque fit debitore inuito, ideoque eius consensus & resignatio non desideratur, dissentiente CARPZOVIO *p. 1. const. 32. defin. 46.* MARTINI *ad tit. 39. §. 12. n. 37.* ad PHILIPPI *de subhast. c. 4. comm. 3. n. 16.* Posteriores vero ad consequendos domini effectus expresse requirit *ordin. pr. recogn. l. c.*

§. XI.

Quando con-
ditio existat
iure Roma-
no.

Cum itaque, si legem commissoriam subintelligamus, res nunquam vendita siue non subhastata censeatur, si quando emtor oblatum atque acceptatum pretium non soluat iusto tempore, videbo in præsentem, quodnam illud sit tempus, quo ad depositionem liciti obligatus sit. Iure civili nullus quidem determinatus est terminus, ex analogia tamen non incongrue id colligi videtur, licitum confestim deponendum fuisse. Finita enim subhastationis sollemnitate præsens requirebatur pecunia: quandoquidem res pignori captas præsentem pecuniam *l. 15. §. 7. ff. de re iudic.* distrahere oportebat, quo apprime facit illud M. ACCII PLAVTI *in Men. act. 5. sc. 9.*

Auctio fiet Menæchmi mane sane septimi
Venibunt serui, suppellex, fundi, ædes, omnia
Venibunt, quique licebunt, præsentem pecuniam.
Venibit uxor etiam, si quis emtor venerit.
Vix credo tota auctione capiet quinquagesies.

Nec

Nec fides de pretio habenda erat, quoniam lex laudata res pignori capta ita distrahere vetat, ut post tempus pecunia solvatur. Immo vero secundum l. 5. §. 1. ff. de iure fisci generaliter licitum in continenti absque vlla mora est deponendum. Nec sufficit præsens pecunia, si pars pretii tantum solvatur, sed totum pretium numerandum est, ut PHILIPPI de subhast. c. 3. comm. 12. n. 7. auctoritate ICtorum docet, quo loco insimul monet, iudicem, qui consentit, ut fides de pretio habeatur, actione doli mali, tanquam male versatum in distrahendis pignoribus, recte conveniri. Sed quamvis maximus hic rigor sit iuris civilis, quoniam tamen sola creditorum agitur res in subhastationibus, quippe quæ ad illorum desiderium plerumque instituuntur, ideoque eorum fauor vnice respiciendus est, nulum est dubium, quin consentientibus creditoribus, aut lege permittente statutoria, tempora distincta solutioni constitui possint, & hoc casu cautionem vel fideiussores a licitatore iuste exigunt creditores.

§. XII.

Iure Saxonico commendatur non minus parata pecunia tanquam commodissima, ut creditoribus fiat satis, adeo ut res dubio non careat, vtrum *Iure Saxo-* licitationes conditionatæ, si scilicet solutio pretii in termino demum distribu- *nico et para-* tionis promittitur, admitti possint. BERGER *el. discept. for. p. 1121.* PHILIPPI *de subhast. c. 3. comm. 13. n. 53.* Illæ profecto prohibentur, ubi *ta et in di-* loco pretio nomen licitatoris offertur *dec. el. Sax. 71.* Atamen cum para- *stinctos ter-* *minos distri-* *buta pecunia* *acceptatur.* *tæ pecuniæ* vicem sustineat pretium, quod in certis & distinctis terminis, auf Tagezeiten solvitur, in Saxonia res sub hasta publica exposita vel præsenti pretio, vel solutione in certas pensiones distributa, alienari possunt per *constit. el. 32. p. 1.,* quæ *edicto Torgauensi de ao. 1583. tit. von Seil-* biethen, confirmata est. Præterea certus hodie modus per *nouissimum* *edictum de subhastationibus de dat. Varsouiae d. 26. Aug. 1732.* præscriptus est, in quo sancit serenissimus legislator, quod solutio distinctis intervallis oblata acceptari non debeat, nisi pro prædiis feudalibus dimidia, pro allodialibus tertia, pro rusticis vero quarta pars promissi liciti in termino adiudicationis, aut post proximas nundinas Lipsienses vernaes vel autumnales, intra quatuor hebdomades parata deponatur pecunia, simulque addit, quod termini residui pro re nata ultra 4. 6. 8. & 10. annos non debeant prorogari. Quo loco probe observabis dici non posse, iudicem in hac specie suo periculo habere fidem de pretio, si distincta, modo præscripto, solutionis tempora acceptauerit, cum id lege facere cogatur.

§. XIII.

*Quando con-
ditio existat
iure Saxo-
nico.*

Promissa parata pecunia, tempus iure olim Saxonico lege non erat de-
finitum, intra quod pretium deponi oporteret, usu tamen forensi atque ob-
servantia obtinuisse tradit BERGERVS *in el. discept. for obs. 9. n. 7. p. 1188.*
vt, posteaquam subhastatio finita, & licitatori ius irrevocabile acquisitum
fuit, id est, wenn er sein Licitations-Recht erstanden, certus dies a iudice ad
deponendum denominetur. Neque hoc alienum est a iuris Romani præce-
ptis, cum soleat prætor omnibus debitoribus, adeoque etiam emtoribus rei
fiscalis laxamentum aliquod temporis vel modicum spatium tribuere *l. 23. in
fin ff. de obl. & act.* Quod modicum spatium PAVLVS *in l. 105. ff. de
solut.* temperamentum temporis appellat, atque contra bonos ibidem mores
esse arbitratur, vt creditor, qui exinde non absone pro oneroso atque in-
ciuili habetur, debitorem illico cum sacco adire velit. At enim vero con-
suetudini huic derogatur per *ordin. proc. recogn. ad tit. 39. §. 16.*
in Saxonia, vbi serenissimus legislator legale atque absolutum præ-
fixit depositionis tempus. Ita enim disposuit, vt finita omni subhasta-
tionis sollemnitate licitator statim, aut ante adjudicationem, decimam ob-
lati pretii partem in iudicio deponat, aut de pretio soluendo idonee satis-
det, in ipso deinde termino adiudicationis, quæ ultra trium hebdomadum
spatium non est differenda, residuum soluat, nisi pretium sub distinctis tem-
poribus fuerit promissum.

§. XIV.

*Iure Romano
ad exercen-
dam legem
commissori-
am non est
necessaria
interpella-
tio, si dies
adiectus fue-
rit, sin mi-
nus, est ne-
cessaria ea
que iudicia-
lis vt in Sa-
xonia.*

Legem commissoriam emtioni venditioni priuatæ adiectam exercens
opus iure Romano non habebat, vt, priusquam hac vteretur, emtorem ad-
moneret morosum *l. 4. §. fin. ff. de l. commiss.* huiusque rei rationem in-
terpretes ad vnum omnes illam allegant, quia in huiusmodi obligationibus
dies additus iurterpellat pro homine *l. 12. C. de contrah. & committ. stipul.*
l. 23. ff. de obl. & act. vnusquisque vero promissa seruare in memoria sua,
nec desiderare debet, vt creditor ipsi aurem vellicet, sed vltro sese offerre,
& debitum spontanea voluntate persolvere. *l. 2. C. de iure emphyt.* Et
hoc iuris est certo solutioni præfinito tempore; sed quid si dies adiectus non
fuerit? Eo casu necessitas omnino poscit, vt interpellatio præcedat, cum non
inc dat in pœnam commissi, qui non est in mora, mora vero sine interpella-
tione non contrahatur *l. 32. ff. de usur. l. 32. ff. de V. O. c. 60. de reg. iur. in
6to GOTHOFER. a IENA in §. 5 tractatus sæpius laudati,* interpellationem, quæ
fit per viam iudiciariam siue iudicialem commendat. Illam quoque vt fortio-
rem extra iudiciali ipse commendo, in eo tamen dissentio, quod litis contestatio-
nem requirat, vt mora recte contracta dicatur, cum hodie sola citatio iu-
dicis sufficiat, id quod STRYK *in usu mod. ad legem commiss. §. 6.* probat
arg.

arg. l. 2. C. de annali except. Vide ordin. proc. Sax. recogn. ad tit. 5. §. 4. quæ luculenter præcipit, per solam insinuationem citationis, quamvis libellus tanquam ineptus reiiciatur, atque ita litis contestatio cesser, sufficere ad effectum interrumpendæ præscriptionis, ideoque moræ inducendæ: quæ res habet rationem, cum iure etiam ciuili mora & improbitas tunc demum locum habeat, cum debitor scit & intelligit debitum suum, quod per citationem efficitur l. 99. ff. de R. I.

§. XV.

In subhaftationibus publicis cum iure ciuili nullum certum atque determinatum esset tempus, quo pretium necessario deponi oporteret, ideoque licitator eiusmodi moram, quæ pœnam legis commissoriæ mereretur, contrahere non posset, l. 40. ff. de reb. cred. l. 88. ff. de R. I. interpellationem expressam præmittere necessitatis fuisse, rationi iuris respondet. Hac enim facta iudex inuitabatur, vt emtori solutionis diem constitueret, idque iudicis potestati relictum erat, tempora in iure non definita, definire l. 1. §. ult. ff. de iure deliber. l. 1. §. 1. ff. de effract. propter æquitatem. Iure Saxonico veteri, cum usu forensi, quod auctoritate BERGERI superius probaui, inualuisset, vt a iudice simul denominaretur terminus, statim elapso illo, sine vlla interpellatione legem commissoriam locum habuisse, vt in emtione venditione priuata, propter paritatem rationis nemo temere in dubium vocabit. Longe aliter res sese habet per ordin. proc. recogn. ad tit. 39. §. 17., quæ emtori in termino adiudicationis, vel in statutis pensionibus iudicialiter non soluenti licitum, spatium adhuc trium hebdomadum indulget, quo prætermisso, si denique non soluit pretium cum vsuris moræ & expensis, iure excidit suo, & subhaftatio tandem noua decernitur, in quo verus legis commissoriæ effectus consistit.

In subhaftationibus iure Romano est necessaria interpellatio, secus vero iure Saxonico.

§. XVI.

Porro commissæ lege emtor priuatus iure Romano non solum dominum rei emtæ, sed arrham etiam & partem pretii, quam soluit, das Angeld amittebat l. 4. §. 1. ff. de l. commiss. & l. 6. ff. eod. Quam dispositionem tantum abest, vt pro dura cum SCHILTERO in exercit. ad ff. 30. §. 54. pro suspecta vsurariæ prauitatis, cum ZOESIO ad l. 4. §. 1. ff. de l. commiss. & pro lædente tranquillitatem conscientiae cum BRUNNEMANNO ad l. 6. ff. de l. commiss. habeam, vt potius illam æquissimam omnium non merito nominare audeam. Praeterquam enim, quod emtor fructus parte pretii iam soluta lucretur l. 4. §. 1. ff. de l. commiss., de huius cautionis iniquitate conqueri nequaquam potest, propterea quod fidem non seruauit,

Commissæ lege arrham perdit emtor priuatus et æquissima est hæc iuris ciuilis dispositio.

in eos autem, qui fidem fallunt, quod ait Illustris DN. *ALEVSE* in *medit. ad ff. spec. 198. coroll. 4.* pœnam statui, durum non est. Monet tamen ille celeberrimus ICtus, ius canonicum in *c. 9. X. de poen.* temperare quodammodo rigorem iuris Romani, atque tunc, cum maxima pars pretii fuerit soluta, pœnam contractui adiectam remittere.

§. XVII.

*In subhastationibus
idem obtinet
iure Romano
& Saxonico.*

Non est, quod in subhastationibus publicis aliter sentiam. Eadem enim subest ratio, immo eo fortior, quia publicam violat fidem, iudicisque auctoritatem eludit emtor, iusto tempore pretium non deponens, ideoque iuste hanc legis commissoriæ pœnam in eundem cadere arbitror. Præterea etiam fructus a tempore perfecti contractus per §. 3. *I. de emt. & vendit.*, qui in subhastatione finitis omnibus, quæ ad formam eiusdem pertinent, von der Zeit, wenn er sein Licitations-Recht erstanden, usu fori perfectus habetur, percipit ac suos facit. Cum vero lucrum ex tergiuersatione minime capere possit, neque desiderare, ut locupletior fiat cum alterius damno, impossibile est, ut arrham & partem pretii iam soluti adhuc petere valeat. Ius Saxonicum nouissimum in *ordin. proc. recogn. l. c.* hanc legis commissoriæ pœnam confirmat, ac decima parte pretii, quæ ante adiudicationis terminum deponenda est, emtorem morosum penitus priuat, insimulque addit, ut illa decima liciti pars, quodsi ante adiudicationem non fuerit numerata, nec cautio de residuo præstita, emtori, etiamsi ius ex subhastatione quæsitum perdiderit, per modum executionis sit extorquenda, sin vero soluendo non sit licitator, carcere aut pœna arbitraria, eaque haud leui, afficiatur.

§. XVIII.

*Electio non
est adempta
creditoribus
in Saxonia,
legem commissoriam
exercendi
vel pretium
postulandi.*

Illam tamen quæstio plus difficultatis habet, utrum emtor, relicta decima parte pretii, pœnitere, atque a contractu subhastationis resilire possit, ideoque iudex vel potius creditores, quorum interest, hoc lucro simpliciter contenti, recuperato rei subhastatæ dominio, nouam instituere subhastationem teneantur? vel quod idem est, num dispositione *ordinat. pr. recogn.* creditoribus electio sit adempta, quæ iure civili ipsis competebar, an legem commissoriam exercere velint, an emtorem ad depositionem residui actione venditi compellere? Ita possit censer, quoniam alternatiua iuris occurrere videtur, in alternatiuis vero obligationibus, quod ait *BONITACIVS VIII. c. 70. de R. I. in 6.* electio est debitoris. Placet nihilominus negans sententia, quod lex commissoria, quemadmodum in §. VII. diximus, in gratiam venditoris, cuius locum in subhastationis actu creditores sustinent, adiecta creditur. Cum vero serenissimus legislator electio-

Etionem creditoribus antea competentem expresse non abrogauerit, huic fauori vim inferre noluisse, sed potius illum propter insignem subhastationis utilitatem confirmasse, rectissime praesumitur. Præterea decima pars pretii, quam perdit emtor morosus, si rem vere aestimes, est pœna pœnitentiæ, Neugeld, & quidem legalis, cuius ea est natura, ut, quamuis soluta sit, inuita tamen altera parte a contractu recedere non liceat *arg. l. 47. ff. de act. emt. vend. l. 6. C. de rescind. vendit.* BERGER *in oecon. iur. l. 3. t. 5. §. 7.* Quo loco tamen simul obseruandum est, hanc pecuniam pœnitentialem simul esse partem pretii, quia in decima parte liciti consistit. Quæ cum ita sint, ne *decis. el. nouissima XIV.* quidem sententiæ nostræ obsistit, quamuis hæc emtori, soluta pecunia pœnitentialem, facultatem faciat a contractu discedendi. Expresse enim in hac decisione additur, quod hæc potestas resiliendi a contractu, soluta pecunia pœnitentialem, non debeat referri ad illas emtiones, ubi pars pretii, das Angeld, iam numerata, vel alia ratione ab alterutro contrahentium, vel toti contractui, vel parti eiusdem, satisfactum fuerit. Verba ita se habent. Wenn in einem Kauf oder andern Contract ein gewisser Neukauff oder Neugeld gesetzt worden, stehet demienigen Theil, welcher solch Neugeld erleget, daferne nicht ein anders ausdrücklich bedungen, von dem Contracte so lange wieder abzugehen, fren, bis selbiger wenigstens auf einer Seiten, mit Zufriedenheit des mitcontrahirenden Interessenten zum Theil oder gänzlich erfüllet worden, iedoch ist solches nur vom Neukauf, keinesweges aber von Angelde, so von einem Contract, darinnen kein Neukauf constituiret, entrichtet worden, zu verstehen. Iam vero ex his, quæ antea disputata sunt, apparet, decimam pretii partem esse simul veram partem liciti, adeoque etiam naturam des Angeldes quodammodo continere, præterea vero venditorem, id est creditores & iudicem, per adiudicationem, quæ instar traditionis est, contractui satisfecisse, quibus casibus in hac decisione emtori facultas resiliendi a contractu, inuito venditore, expresse denegatur. Quapropter negari non potest, ex sententia huius nouissimæ decisionis licitatore qui velit decimam partem amittere, & contractum deferere, non simpliciter audiendum esse, sed si creditores velint, ad solutionem liciti nihilo minus compelli posse.

§. XIX.

Ex dicta *ordin. proc. recogn. ad tit. 39.* contrarius nobis videtur *Non obstat* §. 16. qui licitorem a licito suo recedere, atque pœnitere non prohibet, *ordinat.* amissa videlicet decima parte, dessen er denn, wenn er von seinem licito wie *proc. recogn.* der abgehen oder pœnitiren wolte, vor verlustig zu achten, adeoque posset dubitari, vtrum solutio residui pretii a creditoribus recte vrgeatur? At enim vero istis ex verbis consequi non credo, quod licitator inuitis credito-
ribus

ribus citra illorum consensum, data decima parte, implementum contractus detrectare queat. Cum enim pretium promissum ita sit comparatum, ut creditoribus ex asse faciat satis, tunc autem, si quando ad nouam iudex subhastationem progreditur, talis non inueniri possit emtor, qui eandem offerat summam, creditoribus ingens manifeste damnum emergeret. Consensum igitur concursus, si apud animum constituit pœnitere emtor, secundum aequitatem requiri, plenissime sum conuictus. Accedit, quod, reiterata subhastatione nouus emtor, data decima pretii parte, priori similem ludere posset fabulam, ideoque subhastatio in infinitum esset redintegrandae, & concursus ultra modum protrahendus. Verba vero *ordinat rec.*: Wenn er pœnitiren wolte, simplicem pœnitendi facultatem licitatori non tribuunt, neque consensum creditorum, qui hoc casu necessarius est, excludunt.

§. XX.

Propter tacitam legem commissoriam & actionem venditi et rei vindicationem vel actionem Publicianam locum habet. Salua igitur actione venditi, qua creditores emtorem ad soluendum, quod restat, pretium cum usuris a tempore moræ *l. 13. §. 20. ff. de act. emt. vend. l. 5. C. eod. l. 3. C. de usur.* conuenire possunt, salua etiam propter tacitam legem commissoriam manet rei vindicatio, tum maxime, cum iisdem proficuum videatur, rem subhastatam, si licitum die existente non depositum fuerit, hastae publicae denuo subiicere. Quae actio, quoniam ex vnanimi DD. sententia venditori vi domini, quod ipso iure recipit *l. 41. pr. ff. de R. V.*, existente conditione contractui adiecta competit *arg. l. fin. ff. de L. comm. l. 4. C. de pact. inter E. & V.* [GOTHOFR. a IENA *th.* 65.]; concursus creditorum, qui venditoris partes sustinet, rem subhastatam tanquam suam, non solum ab emtore non solvente, sed a quocunque etiam possessore, cui emtor eandem vendidit, vel oppignorauit *l. 9. ff. de R. V.*, rei vindicatione, vel quae compendiosior via est, actione Publiciana *l. 5. ff. de Publ. in rem act. & arg. §. 4. I. de action.* rectissime repetet, cum omni causa, accessionibus, fructibusque secundum qualitatem possessionis *l. 17. §. 1. l. 34. ff. de R. V.* HEINECCIUS *ad ff. P. II. n. 88.*

§. XXI.

Non requiritur reservatio dominii vel hypothecae ratione liciti ad obtinendum ius praelationis in concursu licitatoris. Superest nobilissima omnium quaestio, quae praecipue huius commentationis primam subministrabat cogitationem. Scilicet in *ordin. proc. Sax. recogn. ad tit. 42. §. 7.* residuum pretium & pecunia hereditaria, rückständige Kauf-Gelder und Tagezeiten, in concursu creditorum singulari gaudent praerogatiua, si nimirum illius intuitu hypothecam vel dominium sibi reservauerit venditor. Quid igitur iuris ratione liciti ex capite subhastationis? Bene memor ac conscius illius prohibitionis, quae *ordinat. proc. recogn.* praemissa est, religioni mihi duco, grauissimam hanc legem

gem interpretatione vel decisione aliqua violare, sed sufficit argumenta in utramque partem tantum allegare. Verosimile quam maxime videtur reservationem hypothecae vel domini aequae necessariam esse, si quando concursus creditorum, exorto nouo licitatoris concursu, eadem frui praerogatiua concupiscit. Sed quamuis dictus locus in *ordin. proc. recogn.* generaliter loquatur de omnibus emtionibus, ex quibus residuum pretium poscitur, ideoque nullum plane discrimen inter venditionem publicam, & priuatam admittat, mea sententia illi parum a vero aberrant, qui subhastationis licito vel parata pecunia, vel distinctis promisso temporibus, sine reservatione domini vel hypothecae idem illud ius praelationis largiuntur. Cum enim, quod satis haecenus demonstrasse credo, lex commissoria per sanctionem *ordin. proc. sax. recogn.* tacite insit, quæ id efficit, ut, licitatore statis temporibus non solvente, dominium rei subhastatae redeat ad concursum ipso iure *l. 4. C. de pactis inter E. & V.*, superfluum esset, propter soluendum adhuc pretium dominium vel hypothecam reseruare, cum contra in priuatis emtionibus regulariter dominium cum periculo transeat ad emtorem, ideoque expresse reseruandum sit.

§. XXII.

Quam restrictionem licet expressis verbis non adiiciat dispositio *ordin. Ratio expo-*
proc. recogn. firmat tamen eandem satis ratio sana, quæ anima est cuiusuis ^{uitur, cur in}
sanctionis, cum sufficiat generalem regulam iuris, in qua sententia mea fun- ^{venditioni-}
datur, hacce lege non esse abrogatam. Etenim maxima adest differentia intuitu ^{bus priuatis}
pretii, inter emtionem venditionem priuatam, ac publicam. Scilicet in pri- ^{propter pre-}
uata, cum certa solutioni constituentur tempora, fidem atque integritatem ^{tium reser-}
emtoris tacite sequi censetur venditor *l. 3. C. de pact. inter E. & V.* Quo- ^{uatio domi-}
niam vero effectus habet de pretio fidei in eo consistit, ut, dominio per ^{nii & hypo-}
eam translato, nullum amplius ius reale competat venditori, nec, terminis ^{thecae sit ne-}
sine solutione praeterlapsis, dominium reuertatur ad venditorem, actionem ^{cessaria.}
solummodo personalem contra emtorem morosum habet, ideoque inter ce-
teros chirographarios sine vlla praerogatiua collocatur. *l. 5. §. 18. ff. de*
tribut. act. quod & hodie in Saxonia, abrogato *per ordin. proc. recogn. ad*
tit. 49. priuilegio personali, obtinet. Vides igitur rationem, cur in em-
tione priuata pretium & pecunia hereditaria, *rückständige Kauffgelder und*
Lagezeiten, nisi dominium vel hypotheca fuerit reseruata, ius praelationis
non consequantur, atque venditor, cuius in arbitrio positum erat, utrum
velit fidem de pretio habere, nec ne, culpa suae debeat tribuere, quod
nullo sibi prospexerit iure reali. Perinde tamen fecisset, si pactum legis
commissoriae expresse adiecisset, ita enim dominium, pretio in diem non so-
luto, ipso iure recuperasset, & fides ad datum vsque terminum duntaxat ha-

bita censeretur, STRYK *dissert. de fide habita*, quia, dum legem commissoriam adiicit, luculenter dominium reseruat & paciscitur, ut res sit in-
emta, atque ad ipsum reuertatur illo casu, quo emtor legi commissoriae non
paruerit.

§. XXIII.

*Hæc cessat
in subhastationibus.*

Neutiquam hac in specie a priuata ad publicam venditionem, siue
subhastationem, ducendum est argumentum. Non habetur ibidem, siue
sit necessaria siue voluntaria, fides, quamuis licitum ex intervallis solu-
dum promittatur. Apparet hoc ex eo, quod adiudicatio plerumque fiat ab-
sentibus creditoribus, PHILIPPI *c. 3. comm. 13. §. 22.* & iudex suum sal-
tem inte ponat ministerium. nec insciis atque inuitis creditoribus, quorum
caussa & utilitas vnice in hac re versatur, fidem habere possit, nec habere
voluisse præsumendus sit. Cum denique laudatum de subhastationibus edi-
ctum, numerata pro feudis dimidia, pro allodiis tertia & pro prædiis rusti-
cis quarta parte pretii in termino adiudicationis, acceptare licitum distinctis
pensionibus ad 4. 6. 8. & 10. annos promissum, iudici iniungat, credito-
ribus minime est imputandum, quod licitatoris integritatem vnice respexe-
rint. Quapropter summae aequitatis olim BERGERVS *in el. discept. for.*
p. 1436. censuit, ut concursui nomine liciti in nouo licitatoris concursu, ad
consequendum praelationis priuilegium, hypotheca tacita constituatur,
quod tamen consilium serenissimo legislatori non placuit. Nee erit ne-
cessaria eiusmodi constitutio hypothecae legalis, cum, quod ipse pro aris
quasi & focis pugnans defendit, lex commissoria subhastationi tacite insit,
ideoque vi huius dominium, quod pinguius est hypotheca, ad creditores
reuertatur. Atque hæc sunt argumenta. quæ in vtramque partem adduci
possent. Submitto illa vnica sereniss. legisl. decisionem, interea postero-
rem opinionem, exercitii duntaxat gratia, pro cathedra tueri satagam.

C O R O L L A R I A.

- I. *Lex commissoria emtioni venditioni in gratiam quoque emtoris adiici potest.*
e g. si mercem integram intra centum dies non præstet, contractus
sit nullus.
- II. *Ratione ultimi termini, in quo non soluit emtor, in Saxonia locus est legi*
commissoriae.
- III. *Pacto commissorio adiecto, venditori aliis rebus, quam pecunia nequit sa-*
tisfacere emtor. l. 2. §. 1. l. 3. ff. de reb. cred. l. 166. ff. de solut.
- IV. *Lex commissoria non est mera inuentio iuris Romani, sed iuris gentium,*
sicut ipsa emtio venditio, dissentit GOTHOFR. a Iena th. 13.

V. *Ludicra est ratio Glossatorum ad l. 38. ff. de minor. 25. ann. quod imperator RUTILIANAE puellae propter egregiam formam contra legem commissoriam, in quam peccauerat, restitutionem in integrum concesserit vide STRVV. decis. sabbath. 32. c. 2.*

VI. *Nusquam abrogata est legis commissoriae poena, quemadmodum GROE-NEWEGIVS de legibus abrogatis somniat.*



LXVII.

OBSERVATIONES

DE

ADOPTIONE
IN LOCVM FRATRIS
NON MONSTROSA.

AD L. LVIII. §. I. D. DE HERED. INSTIT.

VITEMBERGAE, DIE . SEPTEMBRIS A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXVIII.

L. LVIII. §. I. D. de hered. institut.

PAVLLVS *L. IV. ad VITELLIVM.*

*Qui FRATER non est, si FRATERNA CARITATE
DILIGITVR, recte, cum nomine suo, SVB APPELLA-
TIONE FRATRIS, HERES INSTITVITVR*

§. I.

Cum durare & coli atque ornari haec societas bonorum, ad quam ab ipsa natura procreati sumus, non possit, nisi, diuino quodam consilio, insit *Est homi-*
essent animis nostris amores quidam & igniculi, quibus mutuam inter nos *num inter se*
quaedam
H 2 *studium cognatio effi-*

*cacissimae
blanditiæ
cognomina
amicorum
ex iure san-
guinis dedu-
ita hinc ex
traneis et
iam accom-
modantur
nomina pa-
trum, filio-
rum, fra-
trum & so-
rorum.*

studium & communis beneuolentia accenderetur, vt tot incommoditates & rædia humanæ vitæ, quæ homini ab homine subinde afferuntur, dulcedine quadam ac iucunditate temperentur & emolliantur;

Cognatio quaedam, quod FLORENTINVS ait, l. 3. D. *de iust. & iur.* inter nos constituta est, quæ prohibeat, hominem homini insidiari, seu, quod ille apud QVINCTILIANVM prædicat, *a)* publica omnium mortaliū sub vno parente naturæ *cognatio* est, vt propter communes orgines non tam plures focii, quam plura esse membra vnius corporis, per quæ *vnus* duntaxat *spiritus* diuisus sit, *b)* adeoque vno quasi spiritu regi, videamur.

Enim vero, nisi vel sola necessitas homines inter se ita coniungeret & conglutineret, vt carere sociorum ope omnino nequeamus; ipsa recordatio communis causæ, ex qua vitam hanc traximus, ipsa communitas primordiorum, homines inter se copulat & connectit, vt homini, qui hominem lædere audeat, illa, quæcunque est, *pietas* obsistat & manus quasi obiciat, ne, dum sæuire vult in socium, ipse sibi oculos effodere & suas manus in sua viscera armare censeatur. *c)* Quarum rerum cogitatione efficitur, vt socios, quos nostri similes esse, & ex eadem origine nobiscum descendisse nouimus, contemnere ne audeamus, sed illa magnitaciamus in aliis, quæ in nobis ipsis improbare non possumus, ideoque eos omnes, qui nostri generis fuerint, necessitudine quadam nobiscum coniunctos & amicitiae colendæ causâ factos & ab ipsa natura nobis oblatos esse, iudicemus. Hæc est *memoria illa humanæ conditionis*, quam MODESTINVS l. 27. D. *de condit. institut.* collaudauit, & quæ nos admonere debet, ne in ipsis etiam de mortuorum reliquiis condendis indignitatem quandam admittamus, sed iniuriam illis illatam, propter sanguinis coniunctionem ad nos ipsos pertinere arbitremur.

Arcana autem illa *vis naturæ & sanguinis*, cum animos nostros tunc tanto fortius ad ineundas societates trahat & commoueat, quando *propius* ipsa *cognitione* naturæ nos inuicem attingimus, & quanto minus sanguinis alieni nostris originibus admixtum est, vt quasi *gemini & iidem* esse, & solo numero atque appellatione inter nos discerni, videamur; amoris & studii maioris significandi gratia inualuit, vt etiam *extraneos* atque longius remotos, si diligamus ardentius, quasi *propinquitate coniunctos*, & ex eadem stirpe progenitos, sub nomine quodam *cognitionis & consanguinitatis adsciscamus*. *d)* Quippe, si QVINCTILIANVM *e)* audiamus, qui *blandiri* amicis volunt, nullam *adulationem* inueniunt, quæ ultra nomen *cognatorum* procedat, neque est vlla voluntatis nostræ significatio luculentior, quam, si illos,

a) QVINCTILIANVS declam. IX. c. 15.
declam. 321.
elam. 321.

d) CICER. de amicis. 14.

b) Id. declam. 321.

e) QVINCTIL. de-

c) Id.

illos, qui amici esse videntur, nomine quasi dulciori, id est familiari & domestico consanguineos *patres, fratres & propinquos* appellamus.

Quæ cum ita sint, ad officium *candidatorum*, quo etiam *blanditia* seu blanda appellatio ciuium, ante leges *de ambitu* coercendo latas, continebatur, *f)* in petitionibus honorum in primis pertinebat, ut non solum, adhibito nomenclatore, suo quemque nomine proprio & gentilitio salutarerent, sed etiam, quo facilius animos quorumvis obuiorum occuparent, *fictitium cognationis nomen* adiungerent & seniores *patrum*, aequales *fratrum* minores natu *filiorum*, appellatione ornatos, amplecterentur. Hoc adulationis genus Q. HORATIVS FLACCVS *g)* *adoptionem* aliquam appellat, qua amicitiae in republica latius spargantur atque propagentur:

Mercemur seruum, qui dicter nomina, — — —

— — — — Frater, pater adde

Ut cuique est ætas, ita quemque faceret adopta

Hoc fere consilio, ipse IUSTINIANVS, quos in summa PATRICIATVS dignitate constituerat, illos a principe loco *patris* honorari & a se in locum patris *electos* esse profiteretur l. 5. C. *de consul.* quasi nomen *patris*, ex toto ordine cognationis, maxime in illum, cuius consilio princeps regitur, propter domesticam affectionem, conuenire videatur. Eodem honore ALEXANDER VLPIANVM, praefectum annonae, dignum iudicauit l. 4. C. *de locato & conducto.* IUSTINIANS vero etiam *fratrum nomen* ad praesides accommodauit & *fratrem iucundissimum* dixit Basilium, cum quo familiariter versari consueuerat Nou. 121. in fin. Quod ut ad honorem & beneuolentiae singularis significationem pertinere intelligatur, non alienumerit, hoc loco obseruare, eosdem praesides & praefectos, quos subinde *fratres* dixerunt, etiam *amicos* principis, quasi arctiori vinculo sibi coniunctos, ab imperatoribus romanis appellatos; l. ult. D. *de offic. praef. vigil.* l. 17. pr. D. *de iure patron.* l. 4 C. *de contr. & committ. stipulat.* sed reliquis ciuibz interdictum esse, ne illos, quos princeps fratres dixerit, eodem compellere *fratrum nomine* auderent l. 2. C. *de de offic. diuers. iudic.* Neque superuacaneum erit admonere, eundem morem, etiam ad externos propagatum, ad Gallos in primis peruenisse, quorum reges non solum eos, qui sanguine ipsos attingunt, & ex familia regis prodierunt, prout cuiusque ætas postulauerit, modo *patres*, modo *consanguineos & fratres & propinquos* *Cousins* beneuolentiae ostendendae causa appellant, sed eundem etiam honorem ducibus & comitibus, suae dirioni subiectis, imo etiam

H 3

ex-

f) CICER. de petit. consulat. c. 11.
54. 55.

g) HORATIVS l. epist. 6. v. 50.

extraneis, in ducum aut comitum dignitate constitutis, tribuunt, quasi omnes illustres animæ communi quodam ipsius *sanguinis* & naturæ vinculo & necessitudine continerentur. ^{h)} Imo vero *Turcarum* etiam *imperatores* natura docuit, quanta vis inesset in necessitudine & sanguinis propinquitate, ut ipsi etiam cum imperatoribus & regibus extraneis nomen *patris* & *filii* communicarent. Ita certe Turcas cum Rudolpho II. egisse legimus, ut anno 1606. conuentione solenni definiretur, Rudolphum II. allegatis Turcicis nunquam, nisi adiecto *patris nomine*, Turcam non nisi *nomine filii*, in tabulis publicis & instrumento pacis commemorandos esse ⁱ⁾

Haud multo secius de *sororum nomine* existimandum est, quod & ipsum proserpsit extra familias & ad illas feminas peruenit, quas pari secum gradu esse & æqualitatis iure secum uti, denique quas foedere quodam singulari & nexu arctiore sibi coniunctas esse arbitrabantur. Certe CAROLVS *du FRESNE* ^{k)} etiam *uxoribus* regum exterorum a reliquis regibus Europæ, in tabulis publicis *nomen sororum* sæpius tributum, maxime autem a clericis hoc nomen frequentatum esse, diligenter & copiose comprobauit. Sed de his quidem deinceps erit locus exponendi.

§. II.

Inter reliqua cognationum nomina dulcissimum videtur nomen fratrum. Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, etiam extraneos amicos blandius tractari, si nomina cognationis domestica & familiaria ad illorum appellationem accommodemus. Ipsa autem familia cum plures easque sanctissimas societates, inprimis ipsorum coniugum, parentum atque liberorum, dominorum seruorumque, comprehendat; nulla tamen, præter paternum nomen, dulcedine, gratia, simplicitate & innocentia fraternum illud consortium & iucundissimum sodalitium, quod CATVLLVS ^{l)} appellat, & concordiam fratrum, quam QVINCTILIANVS ^{m)} prædicat, superare & vincere videtur. Sola enim paterna beneuolentia & affectio præfertur foederi fraterno, hinc ex Q. HORATII FLACCI sententia, ⁿ⁾

Inter reliqua cognationum nomina dulcissimum videtur nomen fratrum. Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, etiam extraneos amicos blandius tractari, si nomina cognationis domestica & familiaria ad illorum appellationem accommodemus. Ipsa autem familia cum plures easque sanctissimas societates, inprimis ipsorum coniugum, parentum atque liberorum, dominorum seruorumque, comprehendat; nulla tamen, præter paternum nomen, dulcedine, gratia, simplicitate & innocentia fraternum illud consortium & iucundissimum sodalitium, quod CATVLLVS ^{l)} appellat, & concordiam fratrum, quam QVINCTILIANVS ^{m)} prædicat, superare & vincere videtur. Sola enim paterna beneuolentia & affectio præfertur foederi fraterno, hinc ex Q. HORATII FLACCI sententia, ⁿ⁾

Viuet extento Proculeius aeuo,

Notus in fratres animi paterni:

ut intelligatur, accessisse aliquid ad fratrum caritatem, cum PROCULEIVS paterno animo, id est, studio & diligentia maiore, quamque inter fratres usu venire soleat, salutem fratrum procurasset. Idem enim HORATIUS alio

^{h)} VID. LIMNÆVS ad capit. Caroli V. p. 125. qui hoc ex *Loyseau tr. des Ordres* ch. 7. n. 103. obseruat. ⁱ⁾ Id. ad capit. Carol. V. p. 125. ex *Baudier, dans l'inventaire de l'histoire generale des Turces liure 17. ch. 11. p. 711.*

^{k)} Du FRESNE in *Glossario medii aeu. tom. 2. p. 999. voce: soror.* ^{l)} CATVLLVS *carm. 101. v. 78.* ^{m)} QVINCTILIANVS *declam. 321.* ⁿ⁾ HORATIUS *carm. L. II. ode 3. v. 5. 6.*

alio loco o) tres quasi ordines amorum in familia constituit, & fratres proximo, post parentes gradu habendos esse præcipit:

Quo sit amore parens, quo frater amandus & hospes.

Neque vero, cum in hunc locum inciderim, negligere & intactum relinquere possum, nomen *sanctitatis* ad nullos fere cognationis gradus, præterquam ad *parentes & fratrum consortium*, referri. In parentibus enim colendis, quod PLANCVS p) ait, *patriam* nobis *sanctitatem* constituimus; sed *fratres* etiam, bene de nobis meritos, *sanctissimos* subinde appellamus. Hoc elogio vitur ille apud PETRONIVM, q) qui *sanctissimi fratris* nomen inuocat: hoc loquuntur lapides litterati apud GRVTERVM, r) & monumenta fratribus sanctissimis & benemerentibus a fratre superstite posita, quo nomine sanctitatis omnes amores & omnia beneuolentiæ genera comprehenduntur. Hoc agnouit IULIANVS, qui *fratres & sorores* pro personis *maxime coniunctis* habuit, ideoque tutori fratris impuberis permisit *alere* sororem, & donationibus necessitatem eius subleuare, l. 1. §. 2. D. de tutel. & rat. distr. quamuis alimenta, si regulam sequemur, solis liberis & parentibus subinde debeamus.

Nimirum si ipsas societatum humanarum origines spectemus, illisque ex antiquitate pretium constituamus, *primum*, post coniugum & parentum cum liberis coniunctionem, *primum*, inquam, & *simplicissimum*, & naturæ humani ingenii inprimis conueniens, *fratrum* illud est *consortium*, ad cuius exemplum ceteræ deinceps sodalitates prout cuiusque necessitas & commoditas poscebat, constitutæ: ut omnes fere ordines hominum, tum communi vinculo, tum singularibus fœderibus inter se adstringerentur. Cum enim non esset sociorum copia, ex quibus sodales & amicos deligerent, aut cum quibus studia & vitæ consuetudinem conferrent, ipsa rerum omnium procreatrix natura fratres fratribus obtulit, cum quibus amicitiam iungerent, cum quibus gaudia & incommoda miscerent, cum quibus vitam, quæ sine societate & aliorum ope nulla est, iucundius commodiusque tolerarent. Enim vero a parentibus ipsa horum grauitas & seueritas liberos plerumque se iungebant; sed *amicitia*, quæ pares aut inuenit aut facit, desiderabat socios *æquales*, communibus studiis assuetos, iisdem moribus exultos, vno verbo, *fratres*, in quibus suam quisque imaginem, & corpore & animi virtutibus expressam, inueniret. Hoc est, quod auctore Nigidio, apud A. GELLIVM s) *frater* dictus est quasi *fere alter*, id est, qui discrimine exiguo & obscuro a fratre suo distaret, ut dissimulare communem originem non posset. Hoc sensu

o) HORATIVVS de art. poet. v. 313. p) PLANCVS ad CICER. epistol. ad famil. L. X. 4. q) PETRONIVS satyr. c. XI. r) GRVTERI inscrip. tion. p. 339. n. 1. s) GELLIVS lib. XIII. c. 10.

su M. TVLLIVS ^{t)} cum, ex provincia discedens, illam *fratri* suo commendaſſet, ſuſpicabatur, quosdam iudicatuſos eſſe, quod *ſe alterum* in provincia reliquiſſet.

Vtcunque autem alii de arguto & ſubtili illo ἐτύμως exiſtimauerint, illud expeditum eſt, *aequalitatem* hanc *fratrum* & ſimilitudinem atque communionem rerum omnium continere iſtas cauſſas, per quas maxime conciliatur fœdus illud fraternum & amicitia, quam *ius fraternitatis* ſolemus appellare. Hinc ille apud QVINCTILIANVM ^{u)} recte iudicauit, iſti, qui in fratrem intueatur, ſuccurrere communem vterum, eandem cauſſam vitæ, eadem primordia, eadem membra, per quæ vnus ſpiritus diuiſus eſſe videatur. Certe M. VAL. MARTIALI ^{x)} ipſa *ſimilitudo vultus* & membrorum viſa eſt, argumentum *fraternitatis* continere:

Cur *frater* tibi dicor? — — —

An *vultu ſimiles* videmur eſſe?

& effecit proſecto illa inter fratres *aequalitas*, vt quæcunque paria & inter ſe ſimilia a rerum natura procreata eſſent, *conſanguinei fratres* & *ſorores* dicerentur. Sic apud VIRGILIUM MARONEM: ^{y)}

— *conſanguineus* lethi ſopor, — —

quia quædam inter lethum & ſoporem ſimilitudo eſt, propter quam alter cum altero comparari poſſet. Geumani luculentius in notiſſima formula: *Der Tod iſt des Schlafes Bruder*. Imo vero ipſa membra vnus corporis a natura *geminata*, *fratres* & *ſorores* a veteribus dicuntur, hoc animo Agoraſtocles apud PLAVTVM ^{z)}: *manum læuam dextræ ſororem* appellavit, quod & alii Poëtæ imitati ſunt apud TAVEMANNVM: ^{a)}

Interdum feſſæ ſuccedit *læua ſorori*.

Extremo generaliter SEXT. POMPEIVS FESTVS membra eiſdem corporis, quæ *paria* ſint, & ſimul ſuccreſcant, atque ad maturitatem perueniant, *fratrare* & *ſororiare* dixit, ^{b)} quaſi hoc proprium ſit *fratrum* ac *ſororum*, vt inter ſe *pares* ſint & in eadem domo iſdem ſtudiis innutrientur.

Aequalitas igitur & ſimilitudo ingenii, vultus & omnium membrorum videtur *fratribus* maxime *fratrum* amicitiam & iucundiſſimum illud *ſoda-*

^{t)} CICERO ad fam. lib. II. epiſt. 15.

^{u)} QVINCTILIANVS declam. 321.

^{x)} MARTIALIS lib. X. epigr. 65. v. 3. ſeq.

^{y)} VIRGILIUS Aeneid. VI.

v. 278.

^{z)} PLAVTUS Panul. act. I. ſcen. 3. v. 8. & 9.

^{a)} TAVB-

MANN ad locum allegatum PLAVTI.

^{b)} FESTVS de verb. ſignific. in

vocibus: *fratrare* & *ſororiare*

sodalitium conciliaſſe. Sed ad hanc naturae inuitationem acceſſit *vitae*, ab ineuntibus aetatibus, *conſuetudo* & coniunctio, quae, vt *QVINCTILIANVS* obſeruat, c) *affectum* aliquem *fraternitatis* parit, & *alienos* etiam nullaque neceſſitudine inter ſe coniunctos componere & adſtringere adfectibus poteſt: d) vt inter illos amicitiae & iungantur facilius & pertinacius retineantur. Enim vero poſtquam adoleuerunt, qui ex eadem ſtirpe oriundi ſunt, ipſa *recordatio* actae pariter infantiae, pueritiae, ſtudiorum, ludorum, triftitiae, iocorum, communium etiam periculorum, inter quae ſucceuerunt, amorem *ſimpliciſſimum* & *innocentiſſimum* non ſolum iniicit animis, ſed etiam mirifice confirmat, vt coaluiſſe in vnum corpus, & diuelli a ſe inuicem non poſſe, videantur. e) Ipſa enim illa vitae in iisdem laribus conſuetudo, quae ſine conſenſione animorum ſubſiſtere non poteſt, efficit, vt omnia aperta ſint inter fratres, & in aprico poſita, nihil facile tegi poſſit aut diſſimulari, nihil clanculum adminiſtrari, ex qua re oritur *ſimplicitas* illa fraterni & innocentiffimi amoris.

Ex his igitur fontibus deducitur haec *fratrum concordia* & *ſimpliciſſima* voluntatum conſpiratio, quam qui fratribus ademerit, ille, quod idem *QVINCTILIANVS* f) ait, omnem gratiam & auctoritatem detraxerit fraternitati. Tunc proſecto inter amicos ius aliquod *fraternitatis* naſcitur, cum,

— — — pene gemelli

*Fraternis animis, quicquid negat alter & alter,
Adnuimus pariter g)*

Hæc eſt illa *conſanguinea charitas* h) & *fraterna beneuolentia*, quae, ſi *VAL. MAXIMO* i) fides eſt, *omnes fere cognationes ſuperat*, & ſanctiſſimam in familia conſtituit ſocietatem, adeoque in animis fratrum tam alte infigitur, vt ne morte quidem alterutrius extinguitur. Hoc agnouit *Iuturna* in funere fratris *Turni* apud *MARONEM*: k)

— — Haud quidquam mihi dulce meorum
Te ſine, frater, erit.

Hoc loquuntur tot marmora litterata & fraternae pietatis monumenta apud *GRVTERVM*, quae fratres ſuperſtites *fratri admirandae pietatis*, l) *aman-*
tiffi-

c) *QVINTILIANVS* declam. 16. c. 2.
declam. 321.

d) Id. declam. 321.

e) Id.

f) Id. l. c.

g) *HORATIVVS* lib. I. epist. X. v. 3. 4. 5.

h) *VAL. MAXIMVS* exempl. memorab. l. V. c. 5. pr.

i) Id. l. c. §. 3.

k) *VIRGILIUS* Aen. XII. v. 884.
p. 1098. n. 4.

l) *GRVTERI* inſcript. p. 392. n. 5. &

tissimo, m) pientissimo benemerenti, n) dulcissimo atque incomparabili, o) innocentissimo, p) nobilissimo, q) optimo, r) fidelissimo, s) sanctissimo, t) ut supra observatum est, fratri, qui ad diem mortis simplici affectione unoque animo cum fratre egit, u) poni curauerunt.

Accepisti non solum sanguinis nomina extraneis tributa plerisque dulciora & plenissima gratiae videri, sed inter nomina cognationum, post parentes, iucundissimam esse *fratrum* appellationem, qua fides mutua, concordia, simplicitas amoris & innocentia maxime contineantur. Hæc res, in primis illos, qui ex eodem sanguine originem ducunt, commouit, ut, quamuis fratres non essent, sed ultra secundum gradum constituti, modo aequales quodammodo fuerint, & aetas eorum hoc tulerit, *fratres dici maluerint*, quam reliqua sibi cognationis nomina imponi: quandoquidem, auctore QVINTILIANO, x) nulla coniunctio potest esse tam felix, ut *fraternitatem* imitetur. Quod quamuis in primis in *agnatis*, quos natura ad nominis societatem nobis adiunxit, ferri potuisset, tamen ad cognatos etiam proserpsit *fratrum nomen* & communicatum est cum omnibus, qui *aequo iure* ex eadem stirpe prouenerunt. Vix attinet monere, *sorores* etiam *fratrum* appellatione comprehendi; ut, qui *fratres* aut totam *fraternitatem* nominauerit, etiam de *sororibus* sensisse censeatur. Luculenter enim SCAEVOLA noster l. 93. §. 3. *de legat. 3.* fideicommissum fratribus relictum etiam ad *sorores* pertinere, ait, nisi manifeste appareat, aliud sensisse testatorem. PAVLLVS etiam Lucium & Titiam sub *fratrum* nomine coniunxit l. 38. *D. famil. hercisc.* & lapis litteratus apud GRUTERVM y) habet Fuficium & Fufciam *fratres*. Hoc CORNELIVS TACITVS intellexit, z) qui *fratrum* incestum nominavit, cum ageret de incestu fratris & sororis.

Magis nos attingit, quod, qui ex *pluribus fratribus* aut *sororibus* nati sunt, *fratres* vel *patrueles* vel *amitini* vel *consobrini* nominantur. Ita enim PAVLLVS tradidit l. 10. §. 15. *D. de gradibus & affin.* Quod ne quis credat nouitur & extremis demum temporibus a Romanis inuectum esse, audiamus C. IVL. CAESAREM, a) qui Marcellum, ait, fratri patrueli Marco in consulatu successisse. Imo vero MARCVS TVLLIVS b) etiam ad affinitatem *fratris* nomen transtulit, & *marito sororis* illud attribuit; ut intelligatur, omnes propinquos, quorum aetas hoc tulerit, *fratrum* nomine blandiori ab antiquissimis temporibus comprehensos esse.

II.

m) Id. p. 804. n. 3.

n) Id. p. 891. n. 10.

o) Id. p. 844. n. 7.

p) Id.

p. 850. n. 8.

q) Id. p. 735. n. 6.

r) Id. p. 846. n. 13.

s) Id.

p. 582. n. 1.

t) Id. p. 339. n. 1.

u) Id. p. 844. n. 7.

x) QVIN-

TILIANVS declam. 321.

y) GRUTERI inscript. p. 848. n. 9.

z) TA-

CIT annal. L. XII. c. 4.

a) SVETON. in Cæs. c. 29.

b) CICER. pro

dom. c. 15.

Illud quibusdam mirum videri posset etiam matri, propter turpis amoris societatem, *sororis* nomen a filio adiectum, quod M. VAL. MARTIALIS ^{c)} obseruauit; de quo loco infra erit admonendum. Et ita quidem de fratris appellatione in *familia* existimandum est.

§. III.

Vides, quanta sit vis *sanguinis* & *propinquitatis* in amicitiiis conciliandis, & societatibus iungendis, ut etiam extranei existimarent, multum sibi tribui, si sub *nomine sanguinis* adsciscerentur in societatem. Sunt enim hæc nomina *sanguinis*, quæ ex *cognatione* deducuntur, si P. OVIDIO NASONI ^{d)} obsequamur:

Iam dominium appellat, iam nomina sanguinis odit:

Byblida iam mauult, quam se vocet ille sororem

Nimirum, quia *iudicii* nostri *monumentum* relinquimus, dum extraneos sub nomine sanguinis nobiscum coniungimus, quod GALBA Pisoni prædicat apud CORNELIUM TACITUM, ^{e)} & ostendimus nos antea deliberasse & iudicasse de amico, ut SENECA ^{f)} præcipit, priusquam illum tam arcto foedere nobiscum copularemus; multi magis de *fictitia* illa *cognatione*, quæ ex beneuolentia & iudicio profecta sit, quam de ipso sanguinis & naturæ vinculo gauisi sunt, ideoque moribus inualuit ut multi amicitias sub nomine sanguinis contraherent, & illos quibus amici essent ad domesticam familiaritatem aduocarent. Neque enim obscurum erat, quod QVINTILI- LIANVS ^{g)} ait, *casum* tribuere ius sanguinis & consortii, sed socios & amicos *eligi*, si illos viderimus dignos esse, cum quibus res & fortunas nostras misceamus.

Quæ quamuis vera sint, tamen, ne quid dissimulem, propter iura sacrorum & familiarum quarundam interitum, quem Romani metuebant, gentes priscæ arrogationibus & adoptionibus *promiscuis* exhaurirentur, quæ per se subsistere omnino potuissent, non placuit veteribus, temere quemquam & sine discrimine in familiam recipi, atque ad communionem sacrorum & hereditatis admitti, nisi publica auctoritas vel populi & pontificis & postea principis, vel certe magistratus, accessisset. Igitur *electio* in locum propinqui et consanguinei *solennitas* ab VLPIANO appellatur l. 25. D. de adopt. quam MODESTINVS naturæ opposuit l. 1. D. eod. ut superuacanea videri possit hæc, de *naturali adoptione*, disputatio, cum adoptio non ex *natura*, sed ex *legis actione* & *solennitate* vim aliquam nancisci iudicetur.

c) MARTIAL. l. II. epigr. 4.
CIT. hist. l. 15.

d) OVID. metamorph. IX. v. 467. seq.

f) SENECA. epist. 3.

e) TA-
g) QVINTILIANVS declam. 320.

Verum salua res est, & fructu atque effectu non carebit *naturalis* illius *adoptionis* beneficium, neque a romanorum institutis aliena videbitur *naturalis* amicorum *in locum fratris* adoptio, si expediuerimus, quæ sit *naturalis* adoptio, a nobis in controuersiam adducta.

Nimirum adoptamus quos *eligimus* & ita nobis coniungimus, vt quasi nobiscum coalescant. Ita apud *PLAUTVM* ^{h)} femina in magnis difficultatibus constituta, ex quibus se extricare non poterat, opem alterius feminæ implorabat quasi per adoptionem:

— — *Sociam te mihi adopto ad meam salutem,*

hoc est, *adiutricem te eligo*, vt elabar ex hoc periculo, quod sola euadere non possum.

Habes adoptionem pactitiam & electionem sociæ sine vinculo civili. Imo vero, qui ciuilitate adoptant, auctore *VOPISCO*, ⁱ⁾ in locum filiorum fortissimos *eligunt*, vt vel senescentes familias, vel foetus matrimonii iam caducos substituta fecunditas prolis ornaret. Qua re euenit, vt cum adoptandos *eligimus*, quod *Galba*, apud *CORNELIVM TACITVM*, ^{k)} proficitur, *adoptio possit optimum inuenire*.

Igitur quoscunque *eligimus*, societatis arctioris ineundæ causa, illos videmur *adoptare*. Generaliter, quos *assumimus*, vt nobiscum quasi coalescant, & quos non repudiamus neque *excludimus*, illi videntur nobiscum *per adoptionem* quodammodo coniuncti. Sic

— — — *ramum ramus adoptat*

Statque peregrinis arbor operta comis, ^{l)}

aut, si *PLINIO* ^{m)} obtemperare mauis; arbores mitiores sunt *adoptione*, id est, insitione rami adoptiui, quem arbores *assumunt*, & non repudiant neque expellunt, adeoque secum succrescere & fructus ferre patiuntur. Sed vt arbor ramum *insititium assumit*, quasi *per adoptionem*, aut certe non expellit, sed alit atque educat; ita in familiis *adoptio* est, cum extranei ex aliena familia *sumuntur*, quod *A. GELLIVS* ⁿ⁾ obseruat, atque apud *CRISPVM SALVSTIVM*, ^{o)} qui liberos a se non genitos *adoptauerat*, dicitur liberos *sumfisse*,

Quoscunque igitur *eligimus* & *sumimus* & *admittimus*, illos, etiam Romano more, *naturaliter adoptasse* iudicamur. In primis si nomen sanguinis adiiciatur, ex quo intelligi possit, quod adoptato quasi locum quendam

^{h)} *PLAUT.* in cistellar. act. 4. scen. 2. v. 78.

ⁱ⁾ *VOPISCVS* iu aureliano c. 4.

^{k)} *TACIT.* hist. l. I. c. 16.

^{l)} *OVID.* de remed. amor. l. I. v. 39.

^{m)} *PLIN.*

hist. nat. lib. 16. in prooem.

ⁿ⁾ *GELLIVS* noct. Att. l. V. c. 19.

^{o)} *SALVST.*

de bello Iugurth. c. 10.

dam in familia assignemus. Hoc sensu candidati, qui obuios nomine *patris*, aut *fratris*, per blanditias salutabant, illos dicebantur *facete adoptasse*, quod supra ex Q. HORATIO FLACCO ^{p)} obseruatum est:

— — — frater, pater, adde,
vt cuique est aetas, ita quemque *facetus adopta*.

Ex quibus rebus conficitur, *naturalem adoptionem*, quæ *ciuili* opponatur, esse *electionem personæ extraneæ*, sub nomine sanguinis, *sine ciuili & publica solennitate*. Ita fere Iuno Herculem *naturaliter adoptasse* dicitur, cum ipsa *sine ciuili solennitate*, habitum parturientium imitata, Herculem per vestem defluere in terram pateretur, & deinde susciperet quasi ex se pro-
genitum: quod THEODORVS MARCILIUS ^{q)} ex DIODORO SICULO ^{r)} obseruat.

Sed, vt reuertar ad Romanos, non omni fructu caruit *naturalis* illa *adoptio*, etiam ex Romanæ iurisprudentiæ præceptis. ^{s)} Ipse IUSTINIANVS habet eiusmodi speciem *§. ult. Inst. de adopt.* in qua quis seruum suum, actis interuenientibus, *filium nominauerat*, nulla adhibita solennitate.

Sed IUSTINIANVS, bene apud Catonem scriptum esse, ait, seruum ex illa scriptura *liberari*, quamuis hoc ei ad ius filii accipiendum non sufficiat. Et merito probauit IUSTINIANVS hoc Catonis iudicium, cum & naturalis ratio & iuris regulæ præcipiant, *vim* cuiusque negotii, etiam imperfecti, *ex facultate* agentis & contrahentis æstimari: vt qui *plus & maius* quoddam voluerit, cuius illi perficiendi potestatem non habeat, etiam *minus*, quod sub maiori comprehenditur, omnino voluisse censeatur. Nimirum generaliter receptum est, ita in iudicandis negotiis versandum esse, vt, quantum fieri possit, *actus etiam imperfectus* conseruetur, & potius valeat, quam pereat & pro *nullo* habeatur. Igitur cum dubitari non posset, dominum, qui seruum naturaliter in locum filii adoptauerat, quod ipsi *sine solennitate* efficere non licebat, eidem seruo libertatem, sine qua filius fieri non poterat, dare voluisse, ad quam concedendam nuda voluntatis significatio sufficiebat; placuit, *adoptionem imperfectam*, ne prorsus inutile sit negotium, *libertatis dationem continere*.

Satis, credo, comprobauimus, Romanos neque ignorasse naturalem adoptionem, neque vim omnem illi detraxisse. Sed ne quis suspicetur in extrema specie, quam tractauimus, *libertatis fauore*, qui apud IUSTINIANVM maximus fuerat, ab illo aliquid constitutum esse; audiamus PEGASVM

I 3

SVM

p) HORAT. I. epist. VI. v. 54. 55. q) THEODORVS MARCILIUS in interpretam. leg. XIII tab. c. 101. in thesaur. OTTONIS tom. IV. p. 313. r) DIODORVS SICVLVS l. IV. p. 170. b. s) V. Id. MARCIL. apud OTTONEM thes. tom. IV. c. 71. p. 289.

svM, qui l. 19. §. 6. D. *de donat.* de alia specie disputat, quæ inter homines liberos obuenit. Proponit enim aliquem centum spondisse, si alter iurasset, se nomen sponsoris *laturum* esse. Habes speciem adoptionis naturalis, quandoquidem, si M. TVLLIVM^{e)} audias, hic non exiguus fructus est adoptionis, ut *hereditas nominis* perueniat ad adoptatum. De quo loco deinceps exponemus. Apparebat, hanc stipulationem non sufficere ad ius filii vel familiæ consequendum, cum adoptio desideret solennitatem. Quærebatur ergo, nulliusne momenti sit *stipulatio*, an potius *donationis*, an contractus rationem habere videatur. Respondit PEGASVS: adoptionem non esse, imo nec donationem, sed contractum innominatum, *do ut facias*, hac sponsione contineri, quia ob rem facta sit, & res secuta.

Igitur eousque valebat negotium, quatenus stipulantium facultas ad illud contrahendum sufficiebat, quamuis illa stipulatio vim adoptionis non haberet. Ita etiam GAIUS visum est de testamento, quo quis heredi hanc conditionem adscripserat, ut ferret *nomen testatoris*. Ait enim, parendum esse conditioni ab herede, quamuis hæc verba adoptionem perfectam non absoluant; cum nihil mali sit, *honesti hominis nomen assumere* l. 63. §. 10. D. *ad SCtum Trebell.*

Sed de testamentariis adoptionibus postea videbimus. Iam vero dimittere non possum, quod & princeps eum *in locum patris elegisse* videatur, quem ad patriciatus dignitatem euexit, quamuis non adhibita solennitate, quam desiderant adoptiones. Neque tamen fructu caret illa patris electio, sed efficit, ut patricius a potestate patris naturalis liberetur. Qua re intelligitur, adoptiones *imperfectas & naturales* non prorsus inutiles & superuacaneas censerem. Imo vero VLPIANVS noster l. 63. §. 10. D. *pro socio* longius procedit, & illis etiam fauet, qui extraneos tanquam *æquales* receperint in societatem. Respondit enim, societatem initam quodammodo in se habere *ius fraternitatis*. Ita qui socium eligunt, eum *in locum fratris* videntur *adoptare*. Sed quamuis societas sine solennitate civilis adoptionis contrahatur, adeoque ius familiæ non tribuat illa *fraternitas*, non tamen inanis est & infructuosa, sed vim nanciscitur ex *facultate contrahentium*, ut *familiarior* nobis fiat *socius*, & vinculo arctiori nobiscum coniungatur, eaque de causa in id tantum, quod facere potest, damnari debeat, si propter debitum conueniatur. d. l. 63. §. 10. D. *pro socio*. Sed operæ pretium fuerit de his speciebus postea diligentius tractare.

Igitur defererem hunc locum, nisi adhuc admonendum esset, adoptionem naturalem seu imperfectam etiam *quasi adoptionem* appellari. Certe DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS illum, quem pater *in locum fratris adoptare* voluerat, *velut* adoptatum, hoc est, quasi adoptatum esse dixerunt l. 7. C. *de*

e) CICERO, pro dom. c. 13.

de hered. instit. Nouissime, augustissimus rex & legislator noster in edicto nuper Dresenæ die xiii. Ian. huius anni proposito, *de contracto vitalitio*, von der Leib- auch Familien-Renten-Negotiation §. 20. clementissime permittit cuique *successorem*, ad quem fructus contractus vitalitii post mortem eius perveniat, designare, & hunc *quasi adoptare* in locum filii sine civilibus solennitatibus: daß der erste Gewinner eines Familien Haupt-Stammes berechtiget seyn solle, in Ansehung dieser Rente, einen Sohn gleichsam zu adoptiren: vt appareat etiam apud Germanos adoptionem naturalem & imperfectam fructu non carere.

§. IV.

Ex his igitur speciebus, quæ adhuc a nobis tractatæ sunt, satis, credo, *Adoptio naturalis* subintelligitur, Romanos adoptioni naturali *in locum fratris* non omnem vim *nomine fratrum in usu* omnino ademisse. Sed res erit luculentior, si ostenderimus, in quibus negotiis *nomen fratrum* adscitorum vel adoptiuorum in primis frequentatum fuerit in republica Romana. *fuit inter amicos & so-*

Et primo quidem ipsos maxime *amicos*, tanquam aequales, exacto iudicio *eligimus*, & plerumque sub *nomine fratrum* adoptamus. si *PAVLLUS* *reges, gentes extraneæ nomen fratrum acceperunt a* fides est, amicos appellare debemus, non levi notitia coniunctos, sed quibus fuerint iura cum patrefamilias, *honestis familiaritatis, rationibus* quæ *romanis collegæ sodales & commilitones dicti sunt fratres.* sita. l. 223. §. 1. D. *de verb. signif.*

Desiderat igitur *PAVLLVS*, vt sint *iura* quædam inter amicos, & *familiaritas*, honestis rationibus quæsitæ. Sed nulla familiaritas certior, nulla familiaritatis ratio honestior, quam vitæ ab incunte ætate *consuetudo* & animorum perpetua consensio, quæ, auctore *QVINCTILIANO*, ^{u)} parit speciem aliquam *fraternitatis*, atque alienos etiam, & nulla necessitudine coniunctos, adfectibus deuincit x)

Quæ cum ita sint, nomen fratrum in primis videbatur *amicis* conuenire, cum amicitia, quod idem *QVINCTILIANVS* ait, sit *umbra* quædam *naturæ & fraternitatis* & utramque imitetur. Certe quoties blandiri volumus his, qui esse amici videntur, nulla adulatio procedere ultra hoc nomen potest, quam vt *fratres* vocemus. y) Quæ res efficit, vt nullum magis idoneum sit argumentum familiaritatis, quam *PAVLLVS* desiderat, & amicitiae probandæ, quam, si *nomen fratris* usurpatum esse, inter amicos, ostendatur. Hæc est *fraterna* illa *caritas*, qua illi, qui fratres non sunt, vt *PAVLLVS* noster docet, fraterne diliguntur, & in summam familiaritatem adducuntur, vt etiam heredes, cum nomine suo, sub *appellatione fratris* recte & efficaciter instituantur, l. 58. §. 1. D. *de hered. instit.* Ex qua lege apparet,

x) *QVINCTILIVS* declam. 16, cap. 1. clam. 321, pr.

y) Id. declam. 321.

y) Id. de-

paret, fructu non carere illam, quæ inter amicos contrahitur, *fraternitatem*, ut etiam in supremis tabulis hoc nomen admittatur. Habet igitur appellatio fratris, inter amicos recepta, hoc quasi proprium præcipuum, ut in omnibus negotiis, quasi iure civili constitutum, adhiberi possit, quod SEVERO & ANTONINO in reliquis *cognitionis nominibus* non placuit, cum in aliis speciebus, qui *non cognatum* quasi cognatum sub nomine sanguinis heredem instituit, interdum nihil egisse & errasse censeatur, l. 4. C. de hered. instit. Imo vero plus tribuit amico, qui illum fratrem appellat, cum, si CRISPVM SALVSTIVM audiamus, ²⁾ nemo alteri amicior, quam *frater fratri* videatur, & natura omnes amicitias superet. Agnouerunt certe Romani quanta vis affectionis insit in nomine *fratris* & *amici*, qui utrumque aliquando publica auctoritate factis SCto regibus extraneis honoris significandi causa tribuerunt. CAESAR certe ARIOVISTO hoc obiecit, quod senatus & populi Romani beneficio rex & *amicus* appellatus fuerit, adeoque ad referendam gratiam obstrictus esse videatur. ^{a)} Certe in omnibus fœderibus contrahendis hac formula Romani utebantur: *amicitia inter nos esto*, quod BARNABAS BRISSONIVS ^{b)} obseruat.

Est igitur species quædam *naturalis adoptionis*, si illos, quos diligimus, in primis sub fratrum nomine in *amicitiam* adsciscimus.

Hac formula imperatores Romanos præsidibus prouinciarum & præfectis, quos fratres & amicos appellabant, honoris amorisque significationem edidisse supra a nobis comprobatum est. Eundem honorem Carolus V. principibus electoribus S. R. I. habuit, quos in capitulatione Cæsarea, ^{c)} *amicos*, unsere lieben Freunde, Neven, Oheim und Churfürsten, appellauit, & eundem morem etiam ad posteros transmisit, qui ex communi Europæ consuetudine, princ. electoribus, *regia dignitate eminentibus*, *fratrum* nomen adiecerunt. ^{d)} Quod ne quis heri aut nudus tertius inuectum esse credat, admonendum est, etiam antiquissimis temporibus SALOMONEM HIRAMO, Tyrionum regi, *nomen fratrum* tribuisse ^{e)}

Præcipue autem, ut dicere occupauimus, inter *socios*, quos *facto foedere* nobiscum coniungimus, obtinet ius aliquod fraternitatis, l. 63. pr. D. *pro socio*: quapropter fœdus, quod arctissime contractum fuerit, *foedus fraternum* appellamus. Hoc enim ex loco Q. HORATII FLACCI ^{f)} intelligimus

— — — *fraternum rumpere foedus,*

&

²⁾ SALVST. de bello Iugurth. c. 10. ^{a)} IUL. CAES. de bello Gallico l. I. c. 35.
^{b)} BRISSONIVS de form. l. II. c. 48. ^{c)} Vid. capitulatio Caroli V. in prooemio. & LIMNAEVS ad hunc loc. p. 124. ^{d)} Vid. capitulatio nouiss. Francisci imp. in prooemio & epilogo. ^{e)} I. Reg. IX. 13. ^{f)} HORAT. l. I. epist. 3. v. 35. ^{g)} QVINCTILIATVS declam. 320.

&, secundum QVINCTILIANVM; g) *societas sacra res est*, & quædam *fraternitas* propositorum animorum, vt appareat societatem *sacram* & *sanctam* dici eodem fere iure, quo *fratres sanctissimos* appellatos esse, supra indicauimus; sed in primis fratrum nomen sociis conuenit, qui fortunas suas miscuerunt, cum ex eadem causa propter communionem domus & hereditatis ipsi fratres naturales inter se *confortes* appellentur, l. II. C. *commun. de success.*

Socii igitur, etiam *priuata* pactione assumti, *fratrum* iure quodammodo censentur, & PLAVTVS h) noster, quem supra testem inuocauimus, aperte docet, esse hanc speciem aliquam *adoptionis*, si socium & adiutorem nobis adsciscamus.

— — — *sociam* te mihi *adopto* ad meam salutem.

Habes igitur *nautralem adoptionem sociorum*. Neque tamen inter *priuatas societates* substitit hæc pietas *fraterna*, sed etiam ad *publica foedera*, & ad *gentes externas* porrecta est a Romanis in societatibus iungendis. Notum est fraternum nomen, *Aeduis* tributum, quod C. IVL. CAESAR i) & CORNELIVS TACITVS k) commemorant, quorum hic quidem, solos ex Gallis *Aeduos* hoc honore dignos iudicatos esse, ait, vt Scto *fratres* appellarentur. Illud certum est, *fratrum* appellatione in formula foederis in primis contineri spem *mutuæ defensionis*, quam socii fratres sibi inuicem debebant. CAESAR l) enim ARIOVISTO hoc *foedus fraternum* ita interpretatus est, factum esse Sctum, vt qui prouinciam Galliam obtineret, *Aeduos* ceterosque *amicos populi Romani defenderet*.

Eodem iure etiam CLAVDIVS Imperator, apud SVETONIVM TRANQVILLVM, m) *Iliensibus* hoc datum esse, ait, vt *consanguinei* populi Romani dicerentur, ideoque *Seleuco* regi commendatos, vt illos immunes ab omni onere præstaret.

Extremo attinet monere, etiam *Iudæos Spartanis*, cum quibus fidem & amicitiam iunxerant, *fratrum* nomine blanditos esse, vt ostenderent, *socios* & foederatos habere *ius fraternitatis*. n) Hæc eadem causa AHABVM, regem Iudæorum permouit, vt legatis BENHADADI, regis Syriæ, pro vita eius deprecantibus, ita responderet: si viuit, *frater mihi esto*, o) hoc est, *foedus* mihi & *amicitia* cum ipso esto, si superstes fuerit; quasi ex nomine fratris ipsum ius societatis deduci posse videretur.

Proxi-

h) PLAVT. in Cistel act. IV. scen. 2. v. 78. i) IVL. CAESAR de bello Gall. l. I. c. 36.

k) TACIT. annal. l. XI. c. 25. l) IVL. CAES. de bello Gall. l. I. c. 35. m) SVET. in Claud. c. 25. n) I. Macc. XII, 10. 17. o) I. Reg. XX, 32. 33.

Proximum post socios inter fratres adoptiuos seu pactitios locum obtinebant *collegæ*, id est, *sodales*, qui, interpretante G A I O l. ult. D. *de colleg.* eiusdem collegii sunt, & *societatis* iure quodammodo deuincti, ideoque etiam *fratrum nomine* inter se utuntur. Et profecto conuenit in illos fratris nomen, cum & ipsa fratrum coniunctio dulce *fraternum sodalitiū* dicatur a C A T V L L O, p) quod supra iam a nobis obseruatum est.

Insignem fratrum, collegarum seu sodalium speciem A. G E L L I V S q) ostendit, dum de *fratribus arualibus* exponit, & mansisse, ait, *collegium fratrum arualium* numero duodecim sodalium, qui fratres aruales dicerentur. Non yacat disputare de origine huius appellationis, quam G E L L I V S, S A B I N V M M A S S V R I V M secutus, a R O M V L O repetit. Huncenim, *Accæ Larentiæ* nutricis suæ filiis vndecim *veris fratribus*, quibus se ipsum quasi adoptiuum admiscuerit, nomen *fratrum arualium* dedisse, tradit. Illud caret dubitatione, nomen & collegium fratrum arualium diutissime durasse, & tanta dignitate ornatum fuisse, ut principes etiam viri ciuitatis ad illam societatem se adiungerent. r) Largiamur igitur G E L L I O, veros fratres ab initio instituisse hoc collegium; postea tamen certe, non nisi per *adoptionem* seu electionem, *fratres aruales adoptiui* in collegium recepti sunt. Apud G R V T E R V M s) in marmore litterato commemoratur frater arualis *allectus*, ut intelligatur, per adoptionem acquisitum esse ius illud sodalitii & fraternitatis.

Satis diu te tenui & diutius quam vellem. Igitur discederem ab hoc loco, nisi *militēs* aut commilitones me tenerent, *terribile* genus hominum, e quorum manibus elabi facile non possum. Quamuis enim sint terribiles hostibus, tamen inter se dicuntur etiam per rimas galearum sanguine conspersarum familiariter ludere, & inuicem sibi arridere. Certe societas periculorum, iidem labores, iidem casus, idem contubernium, & totius vitæ consuetudo pariunt aliquam speciem *fraternitatis*, ut merito inter se *fratrum nomine* utantur. Enim vero fortior est affectio illa, quæ ex communi militia oritur, quam quæ solo sanguine & necessitudine est constituta: profecto etiam inter veros fratres *commilitium* addit aliquid amicitiae fraternæ, cum ipsa societas peregrinationis & obeundorum munerum illos vice mutua cariores sibi reddidisse videatur. Recte igitur G O R D I A N V S hereditatem a *vero fratre*, sed eodem etiam *commilitone* in iisdem castris, relictam ad peculium retulit, quasi frater fratrem commilitonem, non tam ob ius sanguinis, quam ob amorem commilitonis, scripserit heredem. l. 4. C. *de castrens. pecul.* Idem video & S C A E V L A E & in primis T R Y P H O N I N O placuisse, l. 19. pr. D. *de castrens. pecul.* Imo vero, ne quis hæc sine exemplo constituta esse arbitretur, ad-

mo-

p) C A T V L L V S carm. 101. v. 4. q) G E L L I V S noct. Att. l. VI. c. 7. r) G R V T E R I inscript. p. 1083. n. 10. p. 117. seq. e. p. 381. s) Id. inscript p. 421. n. 2.

monendum est, non raram fuisse illam fratrum & commilitonum pietatem, qua & heredes se inuicem scripserint, & auctam per militiæ pericula *fraternam* affectionem ostenderit publicis subinde monumentis. DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS l. 19. C. *de pactis* tractauerunt eiusmodi speciem, in qua eminet pietas fratrum & commilitonum. Fratres enim in eadem militia degentes, cum ad discrimen prælii pergerent, ob communem mortis fortunam ira pacti sunt: vt ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitæ attulisset, pertinerent. Et placuit imperatoribus valere pactionem, quasi supremum iudicium commilitonum. Apud GRVTERVM ¹⁾ loquitur pietas fraterna in marmore antiquo, quod *fratres & contubernales optima pietate* fratri & contubernali demortuo poni curauerunt. In alio quoque lapide apud eundem GRVTERVM ^{u)} *fratri & contubernali & manipulo rarissimo* gratias agit frater ab ipso *heres* institutus. Occurrunt eiusmodi alia sexcenta, de quibus RADVLPHVS FORNERIVS ^{x)} diligentissime tractauit. Sed meretur tamen obseruari, hereditatem *commilitonum* etiam ab intestato interdum peruenire ad commanipulos, aut vexillationem & reliquos cohortales, quasi ex *præsumpta voluntate* militis, qui commilitonibus maxime fauere & eodem, quo alios *consanguineos* & cognatos, loco habere existimatur l. 2. & 3. C. *de hered. decur.*

Duplicem igitur fructum habet electitia illa & per *adoptionem naturalem* inter milites constituta *fraternitas*; alterum, vt quæ a commilitone in nos profecta sunt, quasi propter commilitum data, iure peculii castrensis censeantur: alterum, quod excluso fisco, si alii magis propinqui deficient, fratres illi adoptiui superstites ad commilitonis defuncti perueniant hereditatem.

Aut omnia me fallunt, aut ex *militiæ* in primis consortio ortæ sunt confraternitates illæ Germanorum, die Bruderschaften, quæ plerisque in locis inter burgenfes & sodales eiusdem opificii contractæ sunt, & ab antiquissimis temporibus ad posteros transmissæ. Nimirum burgenfes & opifices illis temporibus, quibus Germania priuatis bellis & latrociniis perturbatur, plerumque in armis habebantur, ad repellendam a mœnibus & officinis suis iniuriam & ad vim exterorum ingruentem vi armata & mutua defensione reprimendam.

Erat igitur inter burgenfes & opifices plerumque quædam species commilitii, cum pariter in armis exercitarentur, sub communi duce, & per vices omnia onera militum obirent. Sed communio illa periculorum, laborum & munerum, vt supra ostendimus, parit speciem aliquam fraternitatis, & contubernales facile inuitat ad *fraternum nomen* inter se communicandum.

K 2

¹⁾ GRVTERI inscript. p. 525. n. 7.^{u)} Id. ibid. p. 517. n. 9.^{x)} FORNE-

RIVS rerum quotidian l. IV c. 7. in thesaur. Otton. tom II. p. 234.

dum. Enim vero ipsa vitæ simplicitas & communio laborum, quos sub vno duce, quasi sub *parente communi*, & in eodem contubernio, quasi in iisdem laribus, suscipiunt, efficit, ut omnia inter commilitones aperta sint, & dissimulationi & fraudi non facile locus relinquatur. Sed nihil magis allicit ad consortium & *fraternum sodalitium*, quam vitæ simplicitas, perquam fraudes & machinationes excluduntur.

Plerique igitur burgenfes & opifices ad eandem militiam simul defensionis causa obeundam sese comparabant, ideoque maxima familiaritate & iure fratrum ac commilitonum utebantur. Hinc euenit, VI FRIDERICO II imperatori, conglutinationes illæ & confraternitates burgensium atque opificum suspectæ essent, cum res ad vim spectare videretur, & time-ri posset, ne illa sodalitia, ad vim repellendam instituta, vim patriæ inferrent, & Germaniam priuatis bellis ac digladiationibus vexarent. Hinc enata est seueritas illius edicti, y) quo FRIDERICVS II. militiam & confraternitates & pleraque collegia burgensium & opificum, vel euertit & prohibuit, vel certe arctissimis vinculis adstrinxit. Hoc imitati sunt etiam reliqui imperatores, in primis CAROLVS IV. qui in *aurea bulla tit. XV.* confraternitates illas plerasque detestatus est, donec, *pace publica* studiosius confirmata, bella illa priuata penitus opprimerentur. Sed de hoc argumento, quod diligentissime ab aliis z) tractatum perpetua disputatio non est huius loci, ideoque sufficiet extremo quasi digito tetigisse, quæ ad ius fraternitatis pertinere videbantur.

Sed dum de confraternitatibus ex militia deductis trado, non omittendum esset, etiam ad sacram militiam & clericorum ordines fratrum & confraternitatum nomen tractum & propagatum esse; nisi operam perdituri esse videremur in re trita & omnibus notissima & a multis aliis excussa. Vnum attinet morere, antiquissimam esse inter collegas & prophetas fratris appellationem, cum & tempore *veteris antiqui*, a) in funere prophetæ alter propheta cum suis hac lamentatione: *heu frater*, ach Bruder, vterentur. Sed de plerisque confraternitatibus ordinum diuersorum in primis de fratribus Rosarii B. Virginis, de fratribus kalendariis, CAROLVS du FRESNE, b) FELLERVS, c) & alii complures d) ex instituto curatius exposuerunt, quos exscribere non vacat.

§. V.

y) PETER ALVDEWIG in commentar. ad a. b. tit. 25. §. 1. litt. m. p. 123.

z) vid. DATTIVS de pace publ. c. 14. n. 15. p. 103. & Peter a Ludewig l. c.

a) I. Reg. XIII, 13.

b) CAROLVS du FRESNE in glossario medii æui, voce: *frater*.

c) IOACHIM FELLERVS in dissertat. de fratribus Kalendariis.

d) BOSIVS de signis ecclesiæ lib. X. Gisbertus VOETIVS in tractat. de confraternitate Mariana, & Henr. LINCK. in dissertat. de confraternitate compotatoria.

§. V.

Fratrum igitur sanctissimum nomen ad omnes fere ordines & societates *Ad obtegen-*
peruenit, atque ipsos etiam milites & sacerdotes. Sed sororum adoptio, *dos turpes*
plerumque suspecta, aliquid monstri alere videbatur. Neque enim dissimu- *amores mul-*
lari potest, Romanos hoc nomine ad obtegendam *nequitiam* subinde vfos *ti etiam cle-*
esse. Nimirum amasias suas, quibus ius coniugum non darent, id est, con- *rici subinde*
cubinas atque meretrices, quasi honestiore nomine, *sorores* appellabant. *sororum no-*
Aperte M. VAL. MARTIALIS e) *fratrum & sororum nomina nequiora esse* *mine abusi*
dixit: quod occultandis turpibus amoribus adhiberentur, *sunt. Soro-*
rum adoptio
suspecta.

Fratrem te vocat & *soror* vocatur.

Cur vos nomina *nequiora* tangunt?

itemque alio loco f) *sororem* vxori opponit in amore:

Quare non habeat, Fabulle, quaeris

Vxorem Themison? habet *sororem*.

Hoc sensu ille apud PETRONIUM g) amico suo concilibat sororem ab ipso
adoptandam, vt citra matrimonii vinculum illam in amoribus haberet.
Imo vero TIBULLVS h) feminam, cuius amore exarserat, vel in vxoris vel
etiam sororis, hoc est, concubinae locum adsciscebat: seque ipsi vel viri vel
fratris loco futurum promittebat:

Haec tibi *vir* quondam, nunc *frater* munera mittit,

Siue sibi *coniux* siue futura *soror*.

imo vero, qui socium sibi nefandae libidinis & turpissimae nequitiae quære-
bant, fratrem sibi *prospicere*, i) fratrem *eligere*, k) dicebantur.

Sed in primis clericos accusant HONORIUS & THEODOSIUS l. 19.
C. de *episcop. & cleric.* quod consortio sororiae appellationis decoloraren-
tur, id est, quod, feminis sub *sororum* nomine a se adscitis, maculam sibi
adspergerent, & indignitatem admitterent, quae sanctitatem huius ordinis
contaminaret. Ambigi non potest, imperatorem concubinas intelligere,
quarum turpitudine nomine sororum tegebatur, constat enim clericis subinde
permisum fuisse, vt *veras cognatas*, in primis *matrem & sororem*, ad se
accerferent, quarum ope, res familiaris commodissime administrari posse
videbatur. Has igitur *συνεσάκτρες*, id est, simul introductas in monaste-
rium & domos clericorum appellabant & permittente iure, cum nulla esset
turpitudinis suspicio, cum illis versabantur. Sed hi quidem *ἀγαπητὰς* sub-
sti-

K 3

e) MARTIAL. l. II. epigr. 4. v. 3. 4.

satyr. c. 127.

c. 10.

f) Id. l. XII. epigr. 20.

h) TIBULLVS l. III. eleg. l. v. 23.

k) Id. c. 80.

g) PETRON.

i) PETRON. satyr.

stituebant, id est, amafias, quas turpitudinis occultandae causa cognatarum & sororum nomine, quamvis extraneae & nulla necessitudine ipsis coniunctae essent, appellabant, ut viderentur *συγγενεῖς*, seu cognationis iure simul introductae, utque nulla in illos propter foedus naturale saevi criminis caderet suspicio. Hoc igitur est *sororiae appellationis* dedecus & suspecta illa adoptio sororum, de qua eleganter & copiose exposuit DESIDERIVS HERALDVS. ¹⁾ Hanc turpitudinem etiam detestatur IVSTIANVS noster, qui episcopis omne cum mulieribus domesticum commercium ademit, reliquis clericis sub poena remotionis interdixit, ne quam, praeter cognatas, sorores, matrem, amitam, de quibus nemo suspicari posset, turpitudinis causa illas adscitas esse, domi alerent, & sorores appellarent Nou. 123. c. 29. & Nou. 133. c. 3. Eadem fuit concilii Nicæni seueritas, qua interdictum est: *Ne episcopo, ne presbytero, ne diacono, vel alicui omnino, qui in clero est, liceat subintroductam habere mulierem, nisi forte aut matrem, aut sororem, aut amitam, aut etiam eas idoneas personas, quae fugiant suspensiones.* can. XVI. dist. XXXII.

Sed merito indignamur illi seculo, quod innocentissimi nominis sanctitatem fœda nequitia corrupit. Igitur ad reliqua festinamus.

§. VI.

Conditio nominis ferendi contra-
ctui seu testamenti adiecta itemque omnes testamentariae adoptiones continent speciem adoptionis naturalis neque tamen effectu careant. Designatio successoris extranei est species adoptionis.

Redimus ex diuerticulo in viam, &, postquam turpem causam adoptionis remouimus, totam de honesta adoptione in locum fratris controuersiam expediemus. Quod ut commodè a nobis fieri possit, ab instituto nostro non erit alienum, si exposuerimus de honestissima adoptionis causa, ut immortalitati nominis & familiarum consulatur, in qua veteres magnum momentum reipublicae versari arbitrabantur, neque enim certius credebant ad immortalitatem & aeternam hominum memoriam se commendari posse, quam, si post se relinquerent aliquem, cuius appellatione & nomine sui etiam memoria quotidie repeteretur. Ex hac fere origine deducitur conditio illa nominis ferendi, negotiis tum inter viuos, tum mortis causa, saepe numero a veteribus adiecta. Ne quis enim existimet, Romanos hoc inter leuia officia rerulisse, ut nomen ipsorum ab aliis feratur; admonendum est, quosdam etiam iurisiurandi fidem ab illis exegisse, quibus nomen suum imponi volebant, ut doceamur, ipsos de hoc honore, quasi de re ardua & graui sollicitos fuisse. Supra enim ex VLPIANO obseruatum est, non neminem centum spopondisse, si alter iurasset, se nomen eius latitum esse l. 19. §. 6. D. de donat. Ex quo loco intelligitur, etiam negotiis, inter viuos contractis, hanc conditionem interdum adiectam esse, ut quis

¹⁾ DESIDERIVS HERALDVS. de rerum iudicat. auctorit. l. II. c. 20. in thesaur. Ottonis tom. II. p. 1258.

quis nomen alterius ferret. Neque vero locus est dubitationi, esse hanc speciem *naturalis & pactitiæ adoptionis*. MARCVS enim TVLLIVS ^{m)} docet, quod adoptionem *hereditas nominis* sequatur. Sed, si hæc est adoptio, magis videtur illa esse adoptio *in locum fratris*, quam in locum filii & nepotis, quandoquidem nulla ætatis ratio habita est in eligendo illo, quem veteres nomen suum ferre voluerunt; cum, si hæc esset adoptio in locum filii, conditio ista non admissa esset, nisi adoptans alterum octodecim annis superasset. Certe nomen cognationis & sanguinis cum illis communicamus, quos *nomen* nostrum ferre in posterum iubemus, illisque quasi locum & gradum quendam in familia assignamus, propter quem hereditas nominis ad ipsos possit peruenire. Quod ut luculentius intelligatur, obseruandum est hoc loco, cum hereditate nominis plerumque etiam bonorum hereditatem relictam esse illis, quibus quis nominis sui ferendi imposuerunt necessitatem. Idem enim MARCVS TVLLIVS ⁿ⁾ indignatur illis temporibus, ubi quis nomen alterius ferre iussus erat, cum bona ad alium heredem peruenissent. Apparet igitur cum nomine etiam bonorum hereditatem plerumque coniunctam fuisse, ut in adoptionibus civilibus, quas nominis & bonorum hereditas sequitur. Maxime autem in testamentis & heredum institutionibus frequentata est illa *conditio nominis ferendi*, cum plerique in ultimis voluntatibus cogitent de nominis sui immortalitate. GAIUS autem certe probat hanc conditionem, & recte facturum esse heredem scribit, si impleuerit conditionem; cum *nihil mali* sit honesti hominis nomen assumere, l. 63. §. 10. ad *SCtum Trebellian.* Vnam speciem GAIUS excipit, si quis nomen *famosum & turpe* ferre iubeatur, quod MARCIANVS l. 7. D. *eod.* de nomine Vispellionis videtur interpretari; tunc enim remittenda est conditio a prætore, & bonorum possessio secundum tabulas impetranda, ut heredi liceat repudiare conditionem nominis ferendi. d. l. 63. §. 10. ad *SCtum Trebell.* MARCVS TVLLIVS ^{o)} etiam dubitat, rectumne sit nobili adolescenti, *mutare nomen ex mulieris* testamento. Sed GALBA etiam a *nouerca*, Liuia, adoptatus est, & nomen eius ferre iussus paruit conditioni, & prænomen suum mutauit, quod SVETONIVS memoriæ prodidit ^{p)}

Probauerunt igitur veteres magistri artis nostræ hanc adoptionis naturalis speciem, neque omnem fructum illi ademerunt, sed parendum esse conditioni censuerunt, quamvis nulla sollemnitas civilis interuenisset in hac adoptione.

Elegantissimam adoptionis naturalis speciem habet PAULLVS l. 132. D. *de verb. oblig.* in qua quis filium alterius *sine sollemnitate civili* sola stipulatione pœnali adiecta *susceperat* hac lege, ut illum non aliter, quam
filium

^{m)} CICERO pro dom. c. 13.
Attic VII. 8.

ⁿ⁾ Id. de offic. l. III. c. 19.

^{o)} id. epist. ad

^{p)} SVETON. in Galba c. 4.

filium, obseruaret; sin secus fecisset certam pecuniae quantitatem promiserat illi, qui filium tradiderat. Et PAVLLVS quidem certe admittit illam stipulationem eamque adoptioni legitimae opponit, vt appareat, PAVLLVM de *adoptione naturali*, quae a *ciuili seu legitima distinguitur*, sensisse. Igitur cum non credat nullius momenti esse naturalem hanc adoptionem, tradit, pecuniam & poenam promissam deberi, si adoptans filium sine iusta causa domo expulerit & deseruerit officium parentis.

Sed, vt diximus, plerumque *testamentaria* erat hæc adoptio, quæ re-
ctius refertur ad adoptiones naturales, quam ad ciuiles. Deest enim adoptioni testamentariæ, qua quis filius nominatur & nomen ferre iubetur, deest, inquam, solennitas ciuilis, sine qua efficaciter iure ciuili adoptare non possumus. Hinc OCTAVIVS AVGVSTVS postquam intellexit, se ab auunculo in testamento adoptatum esse, hanc adoptionem lege curiata confirmari iussit, vt more maiorum adoptatus esse videri posset. q) Imo vero cum etiam mulieres in testamento quosdam adoptauerint sub conditione nominis ferendi, illis temporibus, quibus feminæ iure ciuili adoptare non poterant, vt ex loco Ciceronis proxime adducto intelligitur; dubitari non potest, hanc adoptionem testamentariam non *civilem* sed *naturalem* fuisse, & tamen vim quandam habuisse, quia implenda fuit illa conditio nominis ferendi. Sed de hac quidem RADVLPHVS FORNERIVS r) & in primis BARNABAS BRISSEONIVS s) luculenter exposuerunt.

Accepisti species adoptionis *naturalis* a Romanis approbatæ & cum fructu aliquo coniunctæ. Ausim affirmare, quoties quis ab altero, etiam inter viuos atque in re certa, *successor* designatur, in primis sub *nomine sanguinis*, hanc esse *implicitam* adoptionem. Successio enim ad illos naturaliter refertur, qui ex eadem stirpe nobiscum descenderunt, aut certe ad nostram familiam pertinent: vt videatur ille quasi in familiam receptus, quem successorem eligimus, & cui res nostras destinamus. Huc referrem *ius simultaneæ inuestituræ*, qua extraneus successor *adoptatur*, ad quem perueniat feudum nostrum, quod, si regulam sequeremur, ad illos duntaxat pertineret, qui a primo acquirente originem duxerunt, sed hoc vnum huic adoptioni deest, quod simultaneæ inuestitis non semper nomen cognationis & sanguinis tribuitur; quamuis ad successionem in feudum admittantur. Eodem exemplo augustissimus legislator noster in edicto t) de *contractu vitalitio*, quod antea adduximus, hanc *quasi adoptionem* appellat, cum *successorem*, ad quem fructus ex contractu vitalitio perueniat, arbitrio

q) APPIANVS bell. civil. III. p. 586.

c. 17. in thesaur. Otton. Tom. II. p. 269.

c. 26. p. 574.

tiation f. 20.

r) FORNERIVS rerum quotid. l. V.

s) BRISSEON. de formul. l. VII.

r) Vid. edictum von der Leib auch Familien Renten negoti-

bitrio nostro eligimus & designamus. *Luculentissima* species eiusmodi adoptionis, qua successor designatur, apparet in *pactis confraternitatis*, in denen Erbverbrüderungen, quibus *principes & status* imperii R. G. mutuam successionem cum defensione mutua inter se paciscuntur & *nomen sanguinis*, id est, *fratrum* adiiciunt, quæ vera natura est pactitiæ adoptionis. Dignum esset argumentum, quod exsequeremur, nisi hoc a centum aliis occupatum esset ^{u)};

§. VII.

Tenes iam fere omnia, opinor, quæ pertinent ad dirimendam controversiam, quam tractamus. Superest, ut ipsam hanc speciem a nobis propositam ex illis, quæ adhuc disputata sunt, exautiamus.

Nimirum: duo amici inter se *privatim pacti sunt*, ut alter apud alterum fratris locum obtineret, perinde ac si utrique ex eodem patre & eadem matre progeniti fuissent. Quæsitum est, utrum utiliter pacti esse videantur, ut admitti possit illa adoptio, & fructum aliquem pariat inter fratres adoptiuos. Dubitabatur, I. quia adoptio debet naturam imitari, & pro monstro esse videtur, quemquam sibi ipsi fratrem generare, cum fratrem ex thoro & beneficio patris atque matris expectare debeamus. Et maxime movebat II. DIOCLETIANI & MAXIMIANI auctoritas, qui l. 7. C. de hered. instit. rescripserunt: nec apud peregrinos posse sibi quemquam omnino fratrem facere per adoptionem, ideoque fratrem illum hoc modo quasi adoptatum ad successionem non admitti, sed irritam esse hanc adoptionem. Accedebat III. quod frater fratrem in potestate habere nequeat, adeoque in hac specie præcipuus fructus adoptionis cessare videatur.

Habes causam dubitandi, sed respondemus: *naturalem esse hanc adoptionem & eum fructum habere*, ut fratres adoptivi iure sociorum & aequalitatis & familiaritatis singularis inter se utantur: ceterum, hanc adoptionem ius succedendi ab intestato non tribuere fratribus adoptivis, nisi pactum successorium efficaciter inter illos contrahatur, neque fratres adoptiuos ad iura familiæ admitti, nisi a principe adoptio fratris confirmetur, & consensus illorum, quorum interest, accedat. Quod quibus rationibus confirmari possit, breuiter dispiciemus.

Nimirum naturalis adoptio, quod supra §. III. p. XIX. docuimus, est electio personæ in locum cognati, sub nomine sanguinis, sine civili solennitate, quæ electio effectum habet pro facultate adoptantium. Vides hæc omnia

^{u)} De pactis confraternitatis vid. GOLDASTVS de regn. Bohem. l. VI. c. 18. p. 719. Peter a LVDEWIG in comment. ad A. B. P. i. p. 449. & HEINECCIUS in iur. germ. tom. I. p. 91. 92.

nia in adoptionem fratris conuenire. Fratri enim adoptiuo *locus cognati* assignatur, *nomen sanguinis* ipsis tribuitur, neque principis, neque magistratus auctoritas, quæ *solennitatem* civilem maxime absoluit, adhibetur, sed res intra consensum adoptantis & adoptati subsistit: neque tamen inanis est, *neque inutilis*, cum omnes actus *pro facultate agentium* vim aliquam & fructum nanciscantur, quod supra §. III. & IIII. exemplo fociorum, sodalium & commilitonum aliisque argumentis a nobis comprobaturum est. Ius autem succedendi DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS adoptiuis fratribus adimunt, l. 7. C. *de hered. instit.* neque fingi potest ius ab intestato succedendi, nisi illud quibusdam personis *lege*, vel ex Germanorum moribus *pacto successorio*, eoque efficaciter contracto, vel *beneficio principis*, deferatur, neque iura familiæ & priuilegia singularia, nisi ex principis voluntate, qui familias priuilegiis ornare potest, a priuatis in alios transferri possunt, quapropter adoptiui fratres *ius natalium & insignium*, sine auctoritate principis, consequi non possunt: sed si *principis* auctoritas accedat, dubitari nequit, quin sanentur vitia adoptionis, & ex illa confirmatione adoptio vim plenam nanciscatur: quandoquidem auctore MARCELLO, adoptio non iure facta a principe confirmari potest, l. 38. D. *de adopt.* principis autem beneficio nemini *ius quæsitum* facile adimitur, l. 4. C. *de emancipat.* quapropter & confirmationem principis & *consensum* illorum, *quorum interest*, desideramus, vt adoptio in locum fratris facta, iure adoptionis legitimæ & civiliter perfectæ censeatur.

Non esset difficile, hæc omnia plenius & explicatius exponere, nisi res postularet, vt antea dubitationes illas, quarum mentio a nobis iniecta est, dilueremus.

Et primo quidem nobis ob stare videbatur, quod adoptio *naturam imitari* debeat, ne *pro monstro* habeatur, quod IAVOLENVS præcipit l. 16. D. *de adoption.* & IUSTINIANVS §. 4. *instit. eod.*

Verum enim vero, res salua est, & ipsa amicitia, seu adoptio naturalis in locum fratris, est *umbra* quædam naturæ & fraternitatis, quod QVINCTILIANVS *) ait, & ipsa societas ac vitæ consuetudo habent naturalem speciem *fraternitatis*, l. 63. D. *pro socio*, vt nihil monstri habeat, si amicum & socium in locum fratris adsciscamus. Res erit luculentior, si exposuerimus, quid IUSTINIANVS *monstruosum & naturæ aduersum* dixerit in adoptione. Nimirum, in adoptionibus & omnibus *fictionibus* iuris hoc demum *monstruosum* est, si *fingamus* aliquid, ad quod efficiendum vires naturæ simpliciter & absolute non comparatæ sunt, seu *quod per rerum naturam effici* non posset, quamuis omnia media in promptu essent & adhiberentur: seu quod in ipsa definitione sua *contradictionem* continet: vt, si quis fingeret,

*) QVINCTIL. declam. 321. pr.

geret, hominem, natu *maiores*, esse filium eius, qui natu *minor* est, & a minore generatum, hoc enim natura nunquam efficere posset, quamvis omnia media adhiberentur: ideoque adoptio filii, natu maioris, a minore suscepta dicitur monstrosa, quia adoptio debet naturam imitari. Sed ad imitationem naturæ hoc non desiderat IUSTINIANVS, vt omnia illa *proxime* & *immediate* adsint, & inueniantur in adoptantibus, quæ *naturaliter* adesse deberent, si adoptandus a natura in illo gradu familiæ constituendus esset, in quem ille adoptatur. Hoc enim, si posceremus, multa *monstrosa* admissa essent a IUSTINIANO in adoptionibus. Si postulas exempla, illa non longius accersenda sunt. Ecce enim: potest quis in locum filii adoptare, qui *uxorem non habet*, l. 30. D. de adopt. quæ vxor tamen *necessario* & *immediate* desideraretur, si quis vellet naturaliter filium habere. Eodem pertinet, quod quis possit in locum nepotis adoptare, quasi *ex incerto filio*, quem non habet, l. 43. D. de adopt. quamvis, nisi filius interueniat, cogitari non possit de nepote. Ex quibus locis intelligitur non requiri in adoptionibus, vt illa *immediate* & *proxime* in promptu sint, quæ deberent adesse, si adoptandus naturaliter obtinere vellet locum illum in familia, quem ipsi assignamus. Certius est, ad *imitationem naturæ* hoc duntaxat requiri, vt adsint *remota* illa *instrumenta*, sine quibus naturaliter effici non posset, vt adoptandus ex familia nostra sanguinem & originem duceret. Sic in adoptione filii sufficit *facultas generandi*, quamvis vxorem quis non habeat, quæ *immediate* ad sobolem procreandam requiritur. Sic in adoptione nepotis hoc vnicum videtur necessarium, vt *ea ætate* sit adoptans, in qua posset filium habere, qui ipsi nepotem generare potuisset, & hunc octodecim annis ætatis superaret, quamvis auus sibi ipse nepotem sine filio naturaliter facere non possit.

Qua re apparet, nihil monstri inesse in hanc adoptione, per quam quis in locum fratris adsciscitur. Qui enim adoptat in locum fratris, in promptu habet *remota* illa instrumenta, ex quibus ipsi frater naturaliter enasci potuisset. Quilibet enim adoptans, habet, vel certe habuit parentes, patrem atque matrem, qui fratrem procreare potuissent, quamvis ipse nequeat immediate fratrem sibi facere per generationem. Itaque, si quis potest filium habere sine vxore, & nepotem sine filio, modo facultatem generandi habeat, profecto poterit quis fratrem adoptare, quamvis ipse sibi fratrem efficere nequeat, modo patrem & matrem habuerit, ex quorum thoro frater prodire potuisset. Non enim fingimus, quod frater adoptiuus a nobis sed quod a *parentibus nostris* generatus sit.

Igitur extinctum est illud *monstrum*, quod quidam in adoptione fratris sibi effinxerunt. Sed grauius nobis obstat difficultas illa, quam *secundo loco* adduximus & imperatores l. 7. C. de hered. instit. nobis obiecerunt. Hi

enim abscisse negant, posse sibi quemquam omnino *fratrem facere per adoptionem*. Sed facile tibi eximetur illa dubitatio, si cogitaueris imperatores d. l. 7. C. *de hered. instit.* non de *naturali* effectu adoptionis in locum fratris disputare, sed de iure successionis, quod ex *iure civili* deducitur & sine solennitate aut principis auctoritate acquiri in familia non potest, quod ipsis facile largimur.

Peruenio ad tertiam causam dubitandi, dum quis posset obinouere, quod *frater fratrem in potestate patriæ habere nequeat*, adeoque extraneum in locum fratris adoptare non posse videatur. Sed ut verum fatear, hoc nihil me perturbat. Nimirum, etiam *iure civili* variæ species adoptionis admittæ sunt, in quibus potestas patriæ non acquiritur ab adoptante. Quid enim dicemus de adoptione minus plena, cum pater naturalis dat filium extraneo in adoptionem. Aperte IUSTINIANVS rem definit, & nihil, ait, transire ad patrem adoptantem, sed intactum manere ius patris naturalis, filio autem adoptiuo ius succedendi acquiri ab intestato per adoptionem, §. 2. *Instit. de adopt.*

Ex his intelligetur, *ratam* esse adoptionem, quamuis per illam ius potestatis patriæ non acquiratur. Opportune occurrit exemplum *mulierum*, quæ interdum *adoptare possunt*, quamuis nec naturales liberos habeant in potestate, sed permiserunt tamen feminis principes, ut in solatium liberorum amissorum alios in illorum locum adoptarent, perinde ac si ex ipsis & maritis earum filii progeniti fuissent, l. 5. C. *de adopt.* Et hoc sæpius accidisse, ut mulier, in primis nouerca, priuignum aut alios in locum filiorum adoptaret sine patriæ potestate, supra §. VI. ostendimus.

Quæ cum ita sint, adoptioni in locum fratris præcepta iuris civilis non prorsus aduersari, merito censemus: quamuis dissimulari non possit, illam, quoad effectus civiles, habere aliquid difficultatis, quæ tollitur per principis confirmationem, l. 38. D. *de adopt.*

Extremo, ne quis hanc in locum fratris adoptionem superuacaneam esse arbitretur, cum eadem commoditas per adoptionem in locum filii sine illa difficultate obtineri posse videatur; hoc loco admonendum est, multas commoditates inesse in adoptione fratrum, quæ frustra quæsiueris in adoptione liberorum, illamque incommodis carere, quæ adoptionem in locum descendendum necessario sequuntur. Enim vero *socium* quærimus, dum fratrem adoptamus, sed societas æqualitatem aliquam desiderat & pares aut inuenit, aut facit. Ex hac æqualitate nascitur aliquod ius *familiaritatis* & confortii, cuius anima est communio quædam iurium & rerum & summa voluntatum consensio. Hæc omnia non conueniunt societati parentum atque liberorum, cum patres quædam seueritas & grauitas amore temperata,
filios

filios reuerentia deceat, qua patrem venerentur. Sed grauitate & reuerentia non parum detrahitur iucunditati domesticæ societatis.

Habes causas, cur adoptionem fratrum omnibus aliis cognationibus fictitiis præferas. Præterea, adoptio fratrum illis incommodis non vrgetur, quæ adoptionem filiorum molestam facere videntur, filios alere tenemur, ut dignitas familiæ postulauerit: fratribus, non nisi in paucis quibusdam speciebus, alimenta necessaria subministrantur: denique necessitas liberis portionem legitimam relinquendi in parentibus multo arctioribus vinculis adstricta est, quam in fratribus, qui fratres præterire possunt, & honestas ipsis personas libere præferre.

Imo vero, ne quid omittam, fraternitas, si naturam sequamur, non solum iuniorem admittit, sed etiam natu maiorem aut æqualem, sine discrimine ætatis, cum natura nobis & seniores fratres, & geminos offerat & iuniores. Hoc vnicum natura desiderat, ut frater adoptiuus octodecim annis minor sit patre adoptantis; utque fingere possimus, patrem adoptantis hunc fratrem adoptiuum generasse. Contra, filiorum adoptio in illis tantum locum habet, quos adoptans octodecim annis superat, & non admittitur, si quis vel natu maiorem quærat filium, vel etiam æqualem. Igitur possunt quædam opportunitates obuenire, in quibus adoptio filii non permittatur, adoptio autem fratris nihil habeat difficultatis. Ceterum immortalitas nominis & familiæ per fratres adoptiuos, qui nomen nostrum ferunt, non minus commode, quam per liberos in familiam receptos, propagatur.

§. VIII.

Cum igitur ex his causis multi malint fratrem adoptare, quam filium; videamus quem fructum pareat illa naturalis adoptio sine principis confirmatione, omnia scilicet fratrum iura singularia per illam acquiruntur, quæ sunt in ipsorum fratrum potestate, ut supra demonstratum est. In primis vero videntur in societatem & arctissimam familiaritatem recipi, quos frater nomine adoptamus. Enim vero, cum ipsa societas vim in se habeat fraternitatis l. 63. D. *pro socio*; nihil prohibet, quo minus dicamus in fraternitate contineri ius aliquod societatis. Obiicis forte, inter socios desiderari bonorum aliquam collationem, fratres autem adoptiuos non semper conferre pecuniam. At certe conferunt ac promittunt inuicem mutua studia, opem, auxilium, quibus communia commoda societatis domesticæ promouentur. Qui vero operam, industriam & gratiam conferunt in societatem, non minus conferre censentur, quam, qui pecunias afferunt, quod *VERBA* docet l. 5. & 29. §. 1. D. *pro socio*.

Igitur in societatem nostram veniunt illi, quos tanquam fratres adoptamus, ideoque sociorum iure merito censentur, sed præcipuus fructus est, quod societas non præsumitur ex debito dam-

manent in id societatis, quod non facile inter socios delicta praesumantur, propter summam consensionem animorum, quae peperit societatem. Quare efficitur, quod facere possunt re-nuntiatione collitur haec adoptio. ut si quid durius & incontinentius gestum sit, hoc magis ex errore & leuitate & imbecillitate animi, quam ex studio nocendi profectum esse iudicetur.

Hoc argumento frater ille, apud QVINCTILIANVM, y) utitur, ut suspicionem dilueret, sibi obiectam, quod fratrem veneno peremisset.

Ex eodem fonte derivatur, quod nec iniuriarum actio dari possit fratribus adoptiuis, propter leuas quasdam offensiones, quae inter personas coniunctas potius iurgii, quam litis rationem habent, l. 5. C. *finium regund.* ideoque non facile continent contumeliam, ex qua natura iniuriae aestimatur. Ipsa enim actio iniuriarum ex aequo & bono deducitur & causae cognitionem desiderat, ut ratio etiam personarum habeatur, ex qua iudicandum est, quid in contumeliam alterius susceptum videri possit, l. 11. §. 1. & l. 18. pr. D. de iniur. Hinc nec liberto datur contra patronum actio iniuriarum, nisi atroces fuerint, cum domestica familiaritas suspicionem doli & contumeliae excludat & atrocitas iniuriae ex personis aestimetur l. 7. §. 2. & 8. D. eodem. Quapropter si quid inter personas familiarissimas obuenerit, quod durum & acerbum videri possit, magis illud ex calore iracundiae, quam ex consilio subnatum esse iudicabimus l. 5. C. de iniur.

Non multo fecius de actione furti habendum est, quae nec inter socios facile locum habet, neque inter fratres adoptiuos propter summam familiaritatem & communionem, quae efficit, ut socium magis communionis contemplatione, quam lucrificandi animo, res nostras contrectasse arbitremur. Certe, si VLPIANO obsequamur, non facile credendum est, socium furti consilium inire, qui potius iure familiaritatis usus fuisse censetur l. 51. pr. D. pro socio, quandoquidem ipsa vitae societas fratres adoptiuos quodammodo dominos facit rerum fraternarum l. 1. D. rerum amotar. Certe HARMENOPVLVS z) expresse fratrem excipit, ne furti teneatur, quod in primis verum est, si pacto successorio fratribus adoptiuis spes facta sit mutuae hereditatis. a) Sed hanc controuersiam MARQVARDVS FREHERVS b) diligentissime tractauit.

Ex eodem societatis iure, quo fratres inter se uti solent, deriuatur, quod alter alteri ex debito non semper in solidum, sed in id, quod facere potest, condemnatur, quod SABINO placuit & VLPIANO, etiam si non sint socii vniuersorum bonorum, sed vnius tantum rei, quod summam rationem habere dicitur propter ius fraternitatis, l. 63. pr. D. pro socio. Neque enim

n) QVINCTILIANVS declam. 321.

z) HARMENOPVLVS l. I. tit. 3.

a) VID. ordin. criminal. Carol. artic. CLXV. So einer etwas nimmt von Güttern, deren er ein nächster Erbe ist.

b) MARQVARDVS FREHERVS pa-

reng. l. I. c. 5. in thes. OTTON. T. I. p. II. p. 867.

enim idem VLPPIANVS nos perturbat l. 16. D. *de re iudic.* quæ lex ex iisdem libris VLPPIANI ad edictum desumpta est, ex quibus lex 63. D. *pro socio* provenit. Probabilis vero est illa emendatio MARQVARDI FREHERI, ^{c)} qui, interiecta vocula *non*, etiam in l. 16. D. *de re iud.* socios tam *uniuersorum* bonorum, quam *vnus rei*, intelligit, vt in id, quod facere possint, condemnentur. Certe frater efficere debet, ne frater egeat, quod PAVLLVS desiderat inter illos, qui arctiori vinculo coniuncti sunt, l. 19. §. 1. D. *de re iudic.*

Quoniam vero in societatem incidi, ex cuius iuribus ius fratris adoptiui æstimatur, venit in mentem, inter socios quidem foedus contractum dirimi poenitentia tempestiua & *renuntiatione*. l. 63. in fin. & 65. §. 3. D. *pro socio*. Igitur tentabimus, an frater se possit seiungere a fratre adoptiuo, si videat fratri secum non satis conuenire. Nimirum censeo, in hac quæstione tractanda distinctionem admittendam esse. Aut enim *simpliciter* frater a fratre receptus est, aut cum poenali stipulatione, quæ in hac specie tutissima videtur, quod, si illum non tanquam fratrem obseruauerit, certam pecuniæ quantitatem soluere velit fratri adoptiuo, aut denique pactum successorium adoptioni sine conditione adiectum est. Dicemus enim, si non adiecta pœna & sine pacto successorio frater adoptatus sit, nihil mutatum esse ex communi natura omnium societatum, quæ, si dolus malus abfuerit, simplici *renuntiatione* dissoluuntur. d. l. 63. in fin. & 65. §. 3. D. *pro socio*. Aliter sentiendum, si pœnam promiserit adoptans, PAVLLVS certe in specie non dissimili, ait, stipulationem committi & pœnam deberi, si adoptans sine iusta causa, *domo expulerit* adoptatum, cui pœnam promiserat in eum casum, quando ipsum aliter, quam cognatum, obseruasset. l. 132. D. *de verb. obl.* Igitur in hoc casu, sine iusta & insigni causa, *renuntiatio* ius fratris adoptiui non dissoluet. Denique, si pacto successorio simpliciter & absolute successio mutua efficaciter promissa sit, a fide pacti neuter discedere poterit, nisi mutuo dissensu vterque rationes suas separauerint, & alter alteri remiserit ius succedendi.

Extra has species igitur renuntiatione tollitur etiam fraterna societas inter fratres adoptiuos antea contracta. CORNELIVS TACITVS ^{d)} auctor est, plerosque olim amicitiae, cuius ipsos pœnituerit, per epistolam, qua *ius amicitiae* amico *remiserint*, solenniter renunciaſſe. Qua formula, si SVETONIUM ^{e)} audias, amico repudiato etiam *domo* interdicebatur. Non alienum est ab hoc loco, quod etiam ZACHARIAS ^{f)} diuinus vates, iussu Dei immortalis, fracto baculo, quem manu tenuerat, fustulerit illam, qua domus Iudæ & Israël naturaliter coniungebatur, gentilitiam fraternitatem.

§. IX.

^{c)} MARQVARDVS FREHERVS l. c. ^{d)} TACIT. annal. l. II. c. 70. ^{e)} SVETON. in August. c. 66. ^{f)} ZACHARIAS prophet. XI. 14.

§. IX.

Adoptio naturalis iuspa- Tradidimus, quæ quis iura fraternitatis sperare possit ex naturali & *titia adoptione.* Superest, ut extremis digitis tangamus, quæ iura non succedendi transeant ad fratrem adoptivum. Et primo quidem videbimus de successione in bona fratris adoptantis. Imperatores l. 7. C. de heredib. instit. fratrem, qui velut adoptatus in familiam irrepsit, excludunt ab hereditate, quamvis enim summa sit huius legis obscuritas, & illa in primis de specie fuerit aut singulari accipienda videatur, cum quis hereditatem amico per errorem, velut adoptato fratri, quem adoptatum putauerat, reliquisset; illud tamen intelligitur, non favere imperatores successionem fratris adoptivi, & habet rationem illorum sententia, quia hereditas non nisi lege, testamento, aut men strictam apud Germanos pacto successorio acquiri potest. Igitur cum lex adoptivis fratribus non succurrat, deficiente testamento efficaci, pacto successorio opus est, quo adoptans successionem promittat fratri adoptivo. Non ignoro quidem DIOCLETIANVM & MAXIMIANVM ne huic quidem pacto inter priuatos locum facere, quamvis inter fratres conuenerit ut ad superstitem pervenerit hereditas bonorum, l. 19. C. de pactis. ex qua lege frustra fratres adoptivi ex pacto successorio sperarent commodum hereditatis. Sed, quod fatentur fere omnes, g) communi Germaniæ consuetudine, etiam inter priuatos, recepta sunt pacta successoria, quæ illos, qui consenserunt perfecta obligatione deuinciunt. h) Pactum autem successorium luculentum, & quod dubio careat, desideramus. Quamvis enim omnes adoptiones in primis eo tendant, ut hereditas nominis pariter ac bonorum perueniat ad adoptivum; tamen adoptio fratris, quæ a regula communi adoptionum discedit, strictè accipienda est, & trahi nequit ad successionem, nisi de illa speciatim conuenerit in formula adoptionis.

Sed quid fiet, si a principe confirmata fuerit illa in locum fratris adoptio? respondeo, hæc confirmatione adoptionem naturalem in civilem & legitimam mutari. Licet enim largiamur hanc adoptionem discedere a iuris regula, quæ tantum personas quasdam in locum descendantium adoptare permittit, ut adeo adoptio fratris non iure facta a principe efficaciter confirmari potest, si MARCELLVM audimus, l. 38. D. de adopt.

Iam igitur legitima & civilis erit illa in locum fratris adoptio, postquam a principe confirmata est, ex quo conficitur, si fratres adoptivi generali formula, ac si ex eodem patre & eadem matre progeniti fuissent, soci-

g) WENERVS in voce: Bruderschaft, impugnat pacta successoria & gregem doctorum allegat, qui contra pacta illa disputant. h) Pacta successoria affirmatiua, quæ non pertineant ad hereditatem tertii non consentientis, defendit de BERGER oecon. iur. L. II. tit. 4. §. 48. n. 1. Peter a LVDEWIG in comment. ad A. B. tit. 7. litt. V. n. 4. & HEINNECCIUS in iur. German. tom. I. p. 91. 92.

cietatem inierint, & principis confirmatio accesserit, fratres illos eodem iure, quo fratres naturales, censendos esse in successione. Ergo & præteriri frater adoptivus poterit in testamento, si non turpis persona ipsi præferatur, cum & fratres, quos natura nobis adiunxit, illud æquo animo ferre debeant, si heres extraneus ipsis præferatur, nisi fratres expresse pacti sint de mutua successione. Ab intestato igitur succedent, si non a liberis defuncti, aut etiam a parentibus, in Saxonia in primis, excludantur. Nimirum certa spes successionis pacto successorio quærenda est. Neque tamen hæc pactio ad feuda pertinebit, nisi tum ipse dominus directus, etiam feudi conferendi causa, illam confirmaverit & feudi mentionem fecerit in confirmatione, tum reliqui etiam *agnati* & in Saxonia *simultaneæ investiti*, ad quod spes feudi pertinuerat, consenserint in hanc successionem.

Ceterum, utcumque accesserit confirmatio principis, tamen quia a iuris regula discedit hæc adoptio, *strictè illam interpretabimur*. Hinc *nemo iura nobilitatis, familiæ & insignium* transferet in fratrem adoptivum, nisi princeps, qui ius nobilitandi habeat, expresse etiam, quoad ius nobilitatis & insignium, confirmaverit fraternam hanc adoptionem.

Princeps igitur, a quo *nobilitas* etiam *nouiter*, cum *iure insignium* tribui posset fratri adoptivo, qui nondum fuerit nobilis, princeps, inquam, confirmare potest adoptionem fratris, etiam huius effectus causa, ut *nobilitas & insignia*, quæ alias ad solos descendentes legitimos auf die ehelichen Leibes-Erben propagantur, perveniant ad adoptivum. Sed num *consensum* etiam *agnatorum* desiderabimus, ut frater adoptivus ius insignium & nobilitatis consequatur. Certius est, *agnatorum consensu opus non esse*, quia, ex perfecto iure, *illorum non interest*, cum quo iura nobilitatis & insignium communicentur, & quia ipsi principem prohibere nequeunt, quo minus nouiter, ut diximus, fratri nobilitatem & eadem, quæ agnati habent, insignia, tanquam fons omnis dignitatis, liberaliter concedat.

In reliquis autem negotiis, in quibus aliud detrahitur de iure perfecto, ab agnatis antea acquisito, nihil nocebit agnatis illa adoptio, quamvis a principe sit confirmata, ideoque nec succedet frater adoptivus reliquis agnatis, qui non consenserunt in adoptionem & pactum successorium, quod adoptioni adiectum est. Quamvis enim *CELSVS l. 7. D. de adopt.* agnatorum consensum in adoptione non requirat; hoc tamen non eo trahendum est, ut agnatis etiam ius quæsitum extorqueri possit, si de illorum præiudicio agatur. Hoc enim ne fiat, naturalis ratio & communis regula iuris impedimento est, quæ non patitur quemquam, cum alterius iniuria & damno, illa ad se pertrahere, quæ aliis iure perfecto iam dum tributa & assignata esse videantur. Hoc certe disputatione non indiget, quod filius fratrem adoptivum patri suo, tanquam filium, obtrudere nequeat, ne patri invito heres adna-

adnascatur. Est eiusmodi species apud QVINCTILIANVM, 2) in qua pater filium domo expulit, quia amicitiam iunxerat cum filio vicini, cui pater inimicus erat: ut appareat, inuito patre, neminem in domum & familiam recipiendum esse.

Extremo præterire non possum, quod ne princeps quidem adoptiones imperfectas facile confirmet, nisi causa cognita l. 39. D. *de adopt.* & auditis illis, qui lædi possent per adoptionem. Ceterum in causæ cognitione etiam versabitur, utrum honesta sit, ne *turpitudine* quædam, sororum inprimis nomine, regatur, sed quæ sit illa turpitudine supra §. V. tetigimus. Ita quidem *de adoptione in locum fratris* habendum est.

2) QVINCTILIAN. declam. IX.



LXVIII.

PROGRAMMA

DE HYPOTHECA.

VITEMBERGAE, DIE XXIV. NOVEMBER. A. Q. S. P. EST. MDCCCXXXVIII.

§. II.

In tam foecunda *fraudum* segete, quæ quotidie succrescit, & palladium illud humanæ, ac ciuilis maxime, societatis, *fidem publicam*, conuellit & tantum non suffocat, subit mirari, quosdam interpretes excusare & defendere *negligentiam* atque *improbitalatem iudicum*, qui, cum fraudibus obuiam ire deberent, sæpissime negotia fraudulenta non solum obtegunt & dissimulant, sed etiam auctoritate & *consensu* suo *confirmant* & tuentur. Plerumque enim homines simplices decipiuntur calliditate debitorum, iniecta spe pignoris aut hypothecæ, in rebus immobilibus constituendæ, quæ, cum *iudicis* auctoritate & *consensu* in terris iuris Saxonici munienda & confirmanda sit, incautos creditores, nihil fraudis subesse, suspicatos, & iudici confisos, omnino securos reddere videtur, & tanto facilius illos turpissime deludit. Nimirum insedit in animis multorum iudicum illa CARPZOVII a) sententia, qui iudicem maxime *testimonii* & probationis causa *hypothecas* *confir-*

a) CARPZOV. ad const. elect. XXIII. P. II. def. XXVI. n. 7. & 8.

confirmare censuit, ideoque magistratus a creditoribus conveniri posse negat, quamvis ipsi hypothecam infructuosam & inutilem & aliis iam obligatam, dissimulato iure antiquiorum creditorum, confirmauerint & in illam consenserint, *nisi iudices specialiter* de securitate a creditore nouo *fuerint interrogati*. At enim, si creditor ex iudice quaesierit, vtrum hypotheca iam dum aliis obligata sit, iudicem vel doli vel culpae reum esse, & creditoribus teneri, quod ipsis non indicauerit anteriores hypothecas; extra hanc speciem vero, & si creditor simpliciter cum debitore confirmationem hypothecae petierit, magistratum impune hypothecam, quamuis inutilem, confirmare posse, nec iure perfecto obstringi, vt indicet ius prioris creditoris, ideoque non habere, cur actionem timeat de damno sarciendo. Sed hodie quidem in electoratu Saxoniae res disputatione vix indiget, cum multis iisque luculentissimis legibus & in ipsa etiam ordinatione processus recognita iubeantur iudices, curiosi esse in hypothecis confirmandis & iudicem quendam hypothecarum conscribere, in quo omnia iura realia, etiam per executionem acquisita, annotentur, vt creditores posteriores de periculo admoneri possint. Es soll auch solches dem Consens Buche einverleibet werden. *ord. proc. rec. tit. XXXIX. §. 10.* Sed in aliis prouinciis, quae iure communi Saxonico vtuntur, dici non potest, quantum hac CARPZOVII opinione corrupti sint multorum animi iudicum, qui, saepe etiam accepto honorario, miserum & securum creditorem confirmatione sua decipere non dubitarunt, & interea in sinu gauisi sunt, sibi mercedem improbitatis suae numerari. Oblata est mihi ante annos aliquot eiusmodi species, quae digna est, vt exponatur. Mæuius in vrbe quadam Saxoniae inferioris, in qua *iuris Saxonici communis praecepta*, non solum quoad alienationem & oppignorationem rerum immobilium iudicis consensu confirmandam, simpliciter recepta erant, Iauolenum rogauerat, vt trecentos sibi aureos mutuos daret. Debitor obtulerat domum suam, quam iure hereditario, mortua vxore intestata, dominii iure se acquisiuisse mentitus erat, iure hypothecae, interueniente magistratus rei sitae consensu, obligandam. Iauolenus, nihil malae rei odoratus, promiserat trecentos aureos, si hypotheca a iudice confirmaretur. Vterque creditor & debitor iudicem adierant & rogauerant, vt auctoritatem suam interponeret, & consensu muniret hypothecam. Sed hic quidem, quamuis sciret, aut facile scire potuisset, maritum in res immobiles vxoris iure Saxonico non succedere, sed in mobilia duntaxat, domum vero ad eius liberos, matris suae heredes, pertinere, adeoque hanc domum in debitoris dominio non esse, sed Iauolenum creditorem, iuris non peritum, hac fraude deceptum iri praeuideret, tamen, quia partes consentiebant, nihil cunctatus, accepto honorario, hypothecam, in re aliena & debitoris non propria constitutam, confirmauerat,

neque Iauolenum de periculo suo & de nullitate hypothecæ ad monuerat, ratus, ad iudicis officium non pertinere *diligentiam & fraudis indicium*, nisi specialiter interrogatus esset. Iauolenus cum nihil iudicem obii- cere, sed paratissimum esse ad hypothecam confirmandam, intellexisset, spem omnem in iudicis auctoritate collocauerat, trecentos aureos numerauerat, satisque sibi prospectum esse, arbitratus erat. Mox Maeuius debitor, bonis lapsus, conturbauerat, & foro cesserat. Iauolenus, hypothecam petens a liberis Maeuii emancipatis, qui domum, a matre ad se transla- tam, possidebant & in oppignorationem non consenserant, derisus repelle- batur, & iam se deceptum esse sentiebat: sed hac re mirifice commotus iudicem superiorem adierat, magistratum, a quo hypotheca inutilis confir- mata erat, actione pulsauerat, ut omne damnum pecuniarum sarciret, sed ab ipso etiam iudice supremo bis repulsus erat, quasi inepta actione institu- ta, quia iudex creditori consentienti nunquam propter confirmationem hy- pothecæ quamuis inutilis & inefficacis, teneri videretur. Ipse de ea re con- sultus CARPZOVII sententiam deserui & respondi: locum esse actioni ad- uersus magistratum, & hunc quidem, ut damna omnia sarciret, condem- nandum videri. Quod quibus ex rationibus factum sit, breuiter enarrabo.

Præcipuum huius controuersiæ momentum in eo maxime versatur, ut intelligamus, *quo consilio*, & cui bono, Saxones in alienationibus & op- pignorationibus fundorum auctoritatem iudicis rei sitæ eiusque consensum desiderant, si quis ius reale efficaciter transferre & ipsum fundum obligare velit creditori. Illud certe expeditum est, folius *testimonii & probationis* duntaxat causa, non requiri iudicis consensum. Hoc enim si ageretur, ut *probari* tantum possit hypothecæ constitutio, nihil appareret causæ, cur hy- potheca a tribus vel duobus testibus signata, quorum fide, quid partes inter se egerint, commodissime probari posset, non eodem iure, quo hypotheca, a iudice rei sitæ confirmata, censi debeat, & cur hæc demum ius reale ad- uersus quemcunque possessorem & ius prælationis tribuat. Neque occurrit satis idonea ratio, ob quam iudici hypothecam confirmani & in alienatio- nes consentienti honorarium satis largum, & quod nudi testimonii ac scriptu- ræ mercedem excedit, soluendum sit, si solam veritatem negotii contracti, quæ minore sumtu probari posset, ex confirmatione iudicis elicere velle- mus. Imo vero ipsa soluendi honorarii necessitas ostendit, diligentiam ali- quam & studium singulare magistratus expectari, quo in confirmandis alie- nationibus & oppignorationibus utatur. Denique nemo hariolari posset, cur prorsus inefficax esse debeat conuentionalis hypotheca quæ non iudicis auctoritate munita sit, quamuis alia instrumenta superant, quibus probari possit veritas conuentionis. Extremo si nudum *testimonium* iudicis requiri- mus, cur ad *unum* illum *iudicem rei sitæ* creditores concurrere iuberentur?

tur? cur omnes hypothecæ ab eodem iudice duntaxat confirmandæ essent? quidni actus ille iurisdictionis voluntariæ secundum naturam omnium negotiorum, quæ inter consentientes contrahuntur, apud quemcunque iudicem eodem fructu suscipi & libere ab omnibus magistratibus confirmari posset? cum eadem sit fides omnium iudicum in probanda rei coram ipsis gestæ veritate. Nimirum hæc omnia suspicionem nobis certissimam iniiciunt, aliud quidquam maioris causæ latitare, quæ Saxones permouerit, ut solum magistratum rei sitæ idoneum in hac causa iudicem existimauerint, sine cuius auctoritate frustra de acquirendo iure reali hypothecæ laborent creditores. Hoc enim luculenter auctor speculi Saxonici præcipit: Ohne der Erben Urlaub und auffer dem rechten Gerichte mag niemand sein Eigen oder seine Leute weggeben I. L. R. 52.

Neque vero longius accersenda est illa causa, cum ipse DIVVS AVGVSTVS, serenissimus quondam Saxoniae legislator, & iuris Saxonici etiam communis locupletissimus atque certissimus interpres in const. elect. 23. part. II. rationes huius consuetudinis Saxonicae exponat, atque hoc animo illam introductam esse doceat, *ne creditores simplices decipiantur*, ne res vna pluribus obligetur, ad quorum securitatem ipsa non sufficiat, & quod maius est, ne res debitoris non propria, iure pignoris inutili & inefficaci, obstringatur, spesque miserorum creditorum improba calliditate deludatur. Und dieses hat vernünftige Ursachen, damit ein Gut nicht vielen versetzt und also die Leute betrogen werden d. const. el. 23. quod in decisione electorali 38. reperitum legimus his verbis: daß niemand gefährdet werde. Vides igitur, ideo probari illam consuetudinem, & creditores ad vnum iudicem rei sitæ ablegari, ut *fraudibus* debitorum occurratur, ut admoneri possint posteriores creditores de iure reali, quod ab aliis prius acquisitum sit, ideoque ad officium iudicis pertinere, ut se opponat calliditati debitorum, illamque compescat, ut creditores admoneat ne facile decipiantur, denique, ut omni iniquitati, qua fides publica turbari possit, efficacissime resistat. Sed his quidem verbis manifestum est, magistratus ad diligentiam adstringi, ne temere consentiant, ne hypothecas sine causæ cognitione, inconsulto arbitrio, confirment, ne ipsi in societatem fraudis & iniquitatis veniant, & creditores, qui iudici quam maxime confidunt, decipiant confirmatione sua, & multo peiori exemplo, quam ab ipsis debitoribus fieri posset, illos in periculum adducant. Enim vero, si etiam nihil de fraude debitorum coercenda cautum esset, ipsa certe naturalis ratio, quæ omnes leges ac consuetudines interpretatur, magistratum, qui iustitiæ administrandæ causa ciuitati præfectus est, imprimis iubet, ut fraudibus & iniquitatibus resistat, simplices, qui in eius sinum confugiunt, in eius fide acquiescunt, seque securos esse arbitrantur, si res auctoritate iudicis administretur, ut simpli-

ces illos, inquam, ciues, quasi pupillos quosdam tueatur & defendat, denique ne committat, vt negotia, auctoritate magistratus confirmata, cum macula quadam & magno dedecore suae potestatis, *propter nullitatis vitium* postea infirmentur & derideantur, extremo, ne improbitari decipientium nomen suum & auctoritatem iudicalem commodet, qua interueniente, creditores tanto facilius decipiuntur.

Habes primam & praecipuam causam, cur ad solum magistratum rei sitae haec res pertineat, qui solus, cum omnes creditores hypothecarii ipsum adire debeant, fraudes debitoris detegere & posteriores creditores admonere potest, ne spe pignoris inefficacis deludantur. Sed accedit etiam alia, non minus insignis, causa, quae ab antiquissimis Germanorum institutis repetenda est. Nimirum semper censuerunt maiores nostri, publice interesse, ne fundorum dominia & iura temere a priuatis permutari & solo contractantium arbitrio, neglecta iudicis auctoritate, in alios transferri possint. Audiamus enim IULIUM CAESAREM, *b)* qui iam suis temporibus obseruauit, neminem Germanorum agrum certum aut fines proprios habere, sed *magistratus* in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui vna coiuerunt, quantum eis, & quo loco visum est, *attribuere* agri, eiusque rei multas esse causas, in primis, ne potentiores subinde humiliores possessionibus expellant. Ex quo apparet, habuisse magistratus particulam quandam dominii, vi cuius, propter publicam vtilitatem, fundorum permutationes & translationes ipsi dirigebant, ne quid respublica detrimenti caperet per hanc occasionem. Et hodie quidem certe mansit eiusdem rei vestigium, & magistratibus rei sitae ius reale tributum est in fundis priuatorum, vt, nisi ipsis interuenientibus & consentientibus, nec alienari possint illorum dominia, cum effectu iuris realis aduersus quoscunque possessores, *I. l. R. 52.* nec iure hypothecae obligari.

Quae cum ita sint, ius reale in oppignorationibus, non tam a priuatis iure dominii, quam a magistratu propter ius illud reale & singulare, quod ipsi in fundis priuatorum competit, creditoribus tribuitur & assignatur. Hoc est, quod in ipsis venditionibus & traditionibus iudicialibus rerum immobilium venditor antea *resignat* dominium in manus magistratus, idque deinde a magistratu demum emptori cum solemni ritu & formula confertur. Ex his originibus intelligitur, magistratum, qui hypothecas confirmat, non modo fidem negotii suo testimonio munire, sed ipsum efficaciter & principaliter concurrere ad ius reale transferendum, vt creditores, qui pignus ab ipso accipiunt, quodammodo cum ipso magistratu contraxisse videantur. Sed, si ipse principaliter cum creditoribus contrahit, quis ferat, magistratum cum debitore improbo societatem nequitiae inire, & cum illo rem, debitoris non propriam, aut certe aliis obligatam,

b) IUL. CAESAR de bell. gall. lib. VI. c. 22.

ram, oppignorare, aut securitatem promittere creditori, quem decipi & circumueniri, hypotheca inutili constituta, vel ipse intelligit, vel facile omnino praevidere potuisset. Quis dubitet, quin magistratus, qui ipse simul contrahit, de culpa, & quia honorarium accipit, etiam de culpa leui teneatur. At vero non levis sed latissima hæc culpa est, non intelligere, quod omnes intelligunt, aut quod quis solus facillime omnino potuisset intelligere. Ita enim PAULVS atque VLPIANVS præceperunt l. 213. §. 2. & 223. *pr. D. de verb. sign.* Plus dicam, *dolus* est illa supina negligentia, quod idem PAULVS alio loco docet l. 226. *D. eod.* aut certe suspicionem doli parit in causis pecuniariis, si de damno sarciendo laboremus.

Neque vero tantum culpæ reus est & doli suspicionem contrahit magistratus, qui patrocinator debitori improbo, & hypothecam, in re debitoris non propria, vel aliis obligata, & nouo creditori non suffectura, constitutam, temere confirmat; sed criminis etiam alieni, quod a debitore committitur, contagio contaminatur. Nemo enim facile negauerit, *falsum* committi a debitore, qui rem alienam, ad se non pertinentem, offert creditori, ut hæc ipsi iure hypothecæ obstringatur, aut certe, si VLPIANO fides est, *stellionatus* crimine tenetur, qui securitatem creditoris delusit, & rem alii obligatam huic, dissimulato prioris creditoris iure, pignori dedit aut distraxit l. 3. *D. de stellionatu.* Quid igitur potest esse luculentius, quam magistratum, qui creditoris calliditati fauet, & eius delictum, auctoritate sua interposita, confirmat, adeoque efficaciter ad illud factum illicitum concurrat, ipsum incidere in stellionatus crimen, & merito de damno sarciendo conueniri. Enim vero, qui falsum non *prohibuit*, cum prohibere potuisset, secundum VLPIANVM peona falsi afficiendus est l. 9. §. 1. *D. ad l. Cornel. de falsis.*

Frustra igitur in illa specie, quam tractamus, magistratus rei sitæ negligentiam suam & supinam culpam excusabat, quasi ipse seductus esset a creditore, qui petiisset hypothecam confirmari, & qui sibi vigilare, atque conditionem eius, cum quo contraxerit, nosse debuisset l. 19. *D. de reg. iur.* Nimirum sibi omnino vigilauit creditor, qui debitori soli fidem non habuit, sed ad iudicem, quasi ad sacram anchoram confugit, eius fidem implorauit, in hac spem omnem & fiduciam collocauit, & tunc decipi se non posse censuit, si hypotheca auctoritate & prouidentia iudicis, cui conditiones fundorum non possint esse obscuræ, confirmaretur.

Neque vero magistratum defendere poterat illud vulgatum, quod ipse ex GALLIO^{c)} & centum aliis interpretibus repetebat: *confirmationem nihil noui addere negotio*, neque per confirmationem illa mutari, quæ ab contrahentium arbitrio pendeant. Debuisset enim cogitare, quod hoc loco non nuda confirmatio desideretur, sed iudicis consensus, es muß der Obrigkeit
Günst

c) GALLIUS lib. II. observ. cameral. l. n. 3. & 5.

Günst darüber ausgebracht werden, *ord. proc. Sax. vet. tit. XXXXVI. §. 2.* quo non interueniente, negotium perfici non potuisset. Sed, qui consentit in negotium, ipse, quid agatur, indagare, & ne quis decipiatur, cauere debet, ne ipse in societatem alienæ improbitatis veniat. Hic enim consensus & hæc confirmatio addit aliquid noui, & ipsum magistratum obligat. Certe auctoritas iudicialis non accommodanda fuisset facto *illicito*, quod ipse potius prohibere & punire potuisset.

Frustra idem magistratus causabatur, ipsum iudicem interdum ignorare, ad quem bona immobilia pertineant, inprimis, si iure hereditario bona ad alios subinde possessores transferantur, ideoque a creditore possessiones illas inuestigandas, magistratui autem nec dolum, nec culpam imputandam esse. Frustra, inquam, hæc afferebantur. Eam enim excusationem *GAIUS* reiicit, qui, publice interesse, ait, *ne dominio rerum in incerto maneant l. 1. D. de usurp. & usucap.* quare conficitur, ad magistratus rei sitæ officium pertinere, vt ipse exquirat, qui fundorum domini sint, & a quibus res immobiles possideantur. Profecto enim non ignorare debuisset, mortua vxore, fundos, communi iure Saxonico, non ad maritum, sed ad liberos defunctæ matris peruenire, *III. §. R. 76.*

Tandem frustra magistratus ille, de quo diximus, cum *CARPZOVIO* ^{d)} fidem *Modestini* inuocabat, qui tradit, testem ex eo, quod testamentum alienum, sibi perniciosum, signauerit, nullum præiudicium sentire, nec iuri suo renunciasse censi. *l. 39. D. de pignorat. action.* Nihil hoc ad magistratum pertinet, qui hypothecam inutilem confirmat. Testis enim testamentarius solennitatis causa tantum adhibetur, &, signato testamento, quod ipse plerumque non legit, significat, hanc veram fuisse testatoris voluntatem, quæ in hac scriptura contineatur, præter ea vero in ipsa capita testamenti non consentit. Magistratus autem non testis est, sed efficaciter & principaliter concurrit, cum hypotheca confirmatur. Neque vero hic quaeritur, an magistratus iuri suo renunciauerit per confirmationem, sed an hoc impune ferre debeat, quod debitoris *falsum & stellionatum* non detexerit nec prohibuerit, cum prohibere potuisset, vno verbo, quod ipse cum debitore, vt socius criminis, creditorem deceperit.

Denique nec *IUSVINIANVS* in dispositione legis 26. *C. de administrat. tutor. & curat.* ad quam *CARPZOVIVS* prouocat, magistratui patrocinator. Imperator enim in dicta lege negat quidem, tutoribus hoc obesse, si auctoritatem pupillo accommodauerint in negotio, ex quo ipsi præiudicium timere potuissent, cum non videatur tutor ius suum dimisisse, quamuis negotium pupilli confirmauerit ex officii necessitate. Tutor certe, qui ipse inofficiosum credit testamentum, pupillo potest auctor esse, vt hic he-

re-

^{d)} *CARPZOVIVS l. c.*

reditatem ex illo testamento petat, neque ideo tutor impeditur, quo minus illud testamentum tanquam inofficiosum postea impugnet. Neque vero IUSTINIANVS illa lege tutori veniam promittit, si interposita auctoritate sua extraneum quendam deceperit vel ipsum etiam pupillum. Igitur magistratui, falsam hypothecam confirmanti, hoc exemplum tutoris non proderit. Nimirum nulla necessitas magistratum cogit, ut hypothecam inutilem confirmet, neque id quaeritur, an suo iuri renuntiauerit per hanc confirmationem, sed an non illis teneatur, quos deceperit vel dolo suo vel supina negligentia; cum, contra, tutor ille, de quo IUSTINIANVS tractauit, pupillo auctoritatem ex officii necessitate accommodauerit ad agnoscendum illud testamentum, quod ipse tutor postea inofficiosum dixit, ideoque nec doli nec culpæ possit accusari.

Præterea me non perturbat, quod magistratus non specialiter interrogatus fuerit, an domus illa, quæ pignori offerebatur, in dominio debitoris esset, & an domus illa sufficeret ad securitatem. Ipsa videlicet hæc petitio, ut magistratus confirmet hypothecam, continet interrogationem & sciscitationem, an securitas sperari possit ex illa hypotheca. Dum enim creditor ad iudicem confugit eiusque fidem implorat, videtur iudicem obtestari, ne patiatur se falli calliditate debitoris, sed, ut sua prouidentia efficiat, ut ipse securitatem plenam consequatur. Hoc igitur iudex dum negligit, videtur *falsum & stellionatum*, vel per dolum, vel certe per supinam negligentiam, commisisse.



LXIX.

OBSERVATIONES

DE

THESAURO
A MERCENARIIS AVT FABRIS
INVENTO.

AD L. LXVII. D. DE REI VINDICAT.

VITEMBERGAE, DIE XII. APRILIS A. Q. S. P. EST CIO IO CC XXXXIX.

LLLXVII. D. de rei vindic.

SCAEVOLA lib. I. responsorum

A tutore pupilli domum mercatus, ad eius refectiorem fabricum induxit, is pecuniam inuenit. Queritur, ad quem pertineat. Respondi, si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata, nibilo minus eius eam esse, cuius fuerat.

§. I.

*Odium the-
sauri fauor
inventionis.*

Impatientissima illa auri fames, qua multa etiam erecta ingenia in tot humanis necessitatibus consumuntur, docuit humanum genus, verum esse illud, quod M. TVLLIVS ait, a) etiam a sapiente, non prorsus contemni debere pecuniam, quæ sit effectrix & procreatrix multarum & incredibilium iucunditatum. Neque enim facile Q. HORATII FLACCI b) consilio quisquam obtemperauerit, ut

— — — in mare proximum
gemmas & lapides aurum & inutile
summi materiem mali
mittamus — — —

a) CICERO. de finib. lib. II. cap. XVII.

b) HORAT. III. od. XXIV. vers. 47. aut

aut ab hominum usu illa felicitatis humane instrumenta separemus, quibus vis ac nervus societatis vniuersæ continetur. Rectius omnino **VLPIANVS** l. 14. §. 5. D. de relig. docet, *simpliciores homines* hoc facere & *aurum* terra abscondere, quod obuium esse & in publico versari debeat ad subleuandas plurium necessitates & communis vitæ commoditates procurandas. Quapropter etiam **PAPINIANVS** l. 113. §. ult. D. de legat. 1. *ineptam* illorum voluntatem esse iudicat, qui *res pretiosas* terra iniectas in sepulcris occultari præceperint, cum illæ quidem ad hominum usum, non ad tenebras & noctis silentium ab ipsa natura comparatæ censeantur. Imo vero non solum non proiiciendæ, sed etiam in lucem protrahendæ sunt occultæ illæ opes, quæ, si manibus hominum permutatione assidua teruntur, ciuium industriam acuunt, egenos & pauperes alant & tuentur, omnibus illis, per quorum manus in alios transferuntur, aliquid lucri afferunt & relinquunt, materiam artis & virtutis exercendæ probis ingeniis subministrant, census & vectigalia augent, gentes & nationes commerciis inter se miscent & coniungunt, copiam rerum omnium procurant & efficiunt, vt, si **PLINIVM** c) audiamus, quod genitum sit usquam, illud ad omnes prouehatur & pecuniæ interuentu apud omnes gentes natum & procreatum esse videatur. Agnouit hoc idem poëta, d) qui alio loco illum delirum & amentem appellauit,

Qui nummos aurumque recondit, nescius vri
Compositis, metuensque velut contingere sacrum.

Igitur odiosi sunt & perniciosi reipublicæ thesauri, qui a vivis terra occultantur, & profecto merentur illud odium, si ineptas illas causas cogitemus, propter quas solent tenebricosa ista ingenia opes suas abscondere & terra occultare. Plerumque enim *custodiæ causa* depositus esse thesaurus dicebatur, si **PAVLO** fides est l. 31. §. 1. D. de adq. rer. dom. at vero custodiæ, non præsentis, sed *perpetuæ* gratia, quod **IAVOLENVS** EX LABEONE refert l. 39. §. 1. D. de auro argent. nimirum, vt ita custodiat, ne vnquam ad alios, nisi forte fortuna, possit peruenire. Sed nihil ineptius est illa custodia, qua res ita asseruatur, vt perpetuo sit inutilis & hominum manibus exempta. Optime imperator in nouella **LEONINA** 51. *inhumanum* illud *inuentum* & *plenum inuidiæ* appellat, si qui thesauros suos defodiant, ne solis radiis collustrentur, cum non solum hominibus, sed ipsi etiam soli & luci opes suas inuideant, quibus aliorum indigentiam subleuare & communibus omnium necessitatibus subuenire debuissent. Quare olim, vt **MARCIANVS** docet, mandatis principum cautum est, ne pecunia sepeliretur, l. 4. §. 6. D. ad l. Iul. pecul. Si enim vel custodiæ causa factum hoc fuerit, tamen ineptum est ita custodire, vt neque alius facile inuenire possit, & ipse, qui deposuit,

N 2

c) **PLIN.** paneg. cap. XXIX.

d) **HORATIUS** II. serm. eclog. III. v. 109. 119.

posuit, loci illius *obliviscatur*, in quo recondit thesaurum. Hoc enim plerumque illis accidere, qui pecunias, peregre abituri, sepeliunt, ut deinde locum *memoria repetere non possint*, PAPINIANVS monet l. 44. D. de *acquir. vel amitt. possess.*

Neque vero magis fauendum est illis, qui *metus & praesidii* causa pecunias locis abditis reposuerunt, quod PROCVLVS, quosdam bellis civilibus factirasse & nummos ita repositos *peculium* appellauisse, ait, l. 79. §. 1. D. de *legat.* 3.

Ridiculum est enim, pecunias ne in manus hostium perueniant, ita recondere, ut ab ipso hominum commercio separatae in perpetuum occultentur. Si verum profiteri lubet, plerumque subest aliquid monstri & inuidiae, quod malevola & saturnina ingenia inuitat ad thesauros abscondendos, quos nunquam volunt ad hominum vsus reuerti. Hoc certe consilio DIDO apud CORNELIVM TACITVM ^{e)} occultasse aurum ferebatur, ne nouus populus nimia pecunia lasciuiret, aut reges Numidarum cupidine auri ad bellum accenderentur. Ex eodem fonte deriuatum est illud IVNONIS apud HORATIVM, ^{f)} quae

*Aurum irreperitum & sic melius situm
cum terra celat, — — —*

illis opibus praetulit, quae in humanos vsus cogerentur, neque longius ab inuidia abfuerunt, qui res pretiosas in sepulcris & monumentis secum condi praeeperunt, quod olim plures fecisse etiam ex PLAVTO ^{g)} itemque ex SCAEVOLA PAPINIANO, & VLPIANO l. ult. §. 2. D. de *aur. argent.* l. 113. §. ult. D. de *legat.* 1. l. 14. §. 5. D. de *relig.* discimus ^{h)}

Enim vero non potest cogitari idonea ratio, quae hominem sanum permoueat, ut opes suas post mortem iubeat abscondi in sepulcro, nisi forte nolit illas ad superstites peruenire, & perire pecunias malit, quam in vsus hominum conuerti, ideoque sepulcris illas celari cupiat, ad quae propter religionem & horrorem non facile quenquam accessurum esse suspicatur.

Habes causas illius odii, quo veterem depositionem pecuniae & inuidiam atque ineptias illorum, qui thesauros abdiderunt, detestamur. Sed hi forte ferri possent facilius, quos PAVLLVS ait *lucris causa* pecunias deponere & occultare, l. 31. §. 1. D. de *A. R. D.* cum ignoscendum sit illis, qui ex re sua lucrum honestum & innoxium quaesierunt. Neque tamen concipi animo potest aliquod *lucrum*, quod ex depositione pecuniae quisquam expectet, nisi forte sperauerit, aut auctum iri pretium nummorum tem-

^{e)} TACITVS *annal.* XVI. cap. I. ^{f)} HORAT. III. od. III. vers. 49. ^{g)} PLAVT. *pseudol.* act. I. scen. IV. vers. 19. ^{h)} Vid. RADVLPHI FORNERII lib. III. *rerum quotidianarum.* cap. XVIII. apud OTTONEM in *thesaur. iur.* tom. II. p. 214.

tempore futuro, aut se subinde aliquid additurum esse ad depositam pecuniam, ut tandem illa in magnum aceruum & thesaurum pecuniæ excrescat. ⁱ⁾ Verum, ne hi quidem carent nota inuidiæ, qui, *lucris* incerti causæ, quod sine depositione acquirere certius commodiusque potuissent, res ad usus humanos prognatas hominum vñibus eripiunt, & opes naturæ, per se pauperis, aut certe non prodigæ, subtracta insigni portione, debilitant atque infirmant.

Quæ cum ita sint, nemo mirabitur, quosdam imperatores non solum malos illos & Gothicos, quod FORNERIVS iudicat, ^{k)} sed etiam bonos, aut si mauis, malos principes, non iniusta tamen ex causa, ut recte FREHERVS obseruauit, ^{l)} omnes thesauros etiam fortuito inuentos *fisco vindicasse*; cum, qui thesauros occultauerint, non modo contra legem prohibentem, quæ vetuit pecunias abscondi atque sepeliri, illas loco occulto reposerint, sed etiam *fisco* & reipublicæ *fraudem* fecerint, quæ, si pecunia in usu hominum versata fuisset, auctis vectigalibus, censibus & commerciis locupletior fieri omnino potuisset, & per illam occultationem magna parte communis utilitatis spoliata est. Qua re commotum Nicephorum Phocam CEDRENVS & THEODORICVM CASSIODORVS ^{m)} thesauros, ut damnum ex occultatione acceptum pensaretur, totos *fisco* applicuisse docuerunt, neque enim reprehendenda erat cupiditas principis, quod CASSIODORVS ⁿ⁾ ait, si illa auferret, quæ nullus dominus se amisisse ingemisceret.

Illud certe expeditum est, siue ad fiscum siue ad quemcunque alium perueniat thesaurus, *plenissimam fauoris esse inuentionem veteris depositionis*, qua efficitur, ut ad hominum augendas commoditates reuertantur opes occultæ, quæ praua ingenia inuidiosa occultatione interuerterant. Recte igitur imperator LEO etiam *præmio dignos inuentores* & spe partis capiendæ excitandos esse iudicauit, ne thesauros a se inuentos, sine spe fructus & præmii, negligerent, sed ut illos cupidius protraherent, & parte accepta, fortunæ beneficio gauderent, l. vn. C. de thesaur. & nou. Leon. 51. quod iam antea, etiam HADRIANVM & D. FRATRES probauisse, deinde locus erit exponendi.

N 3

§. II.

ⁱ⁾ Ita interpretatur hanc legem TVSSANVS RVÆVS in amoenis iuris obseruat. cap. VII. apud OTTON. in thesaur. iur. rom. tom. V. p. 1498. ^{k)} GUIL. FORNERIVS lib. II. cap. XXVI. selection. apud OTTON. in thesaur. iur. rom. tom. II. p. 76. ^{l)} MARQV. FREHERVS lib. I. cap. IV. verisimil. apud OTTON. tom. I. p. 866. ^{m)} CASSIODOR. lib. VI. variar. epist. VIII. ⁿ⁾ Id. lib. IV. epist. XXXIV.

§. II.

*Odium inue-
stigationis
species sin-
gularis pro-
ponitur.*

Odiosus igitur est thesaurus & fauore digna inuentio, cuius beneficio societas hominum opes sibi subtractas recuperat & in usum omnium conuertit. Videlicet.

Nullus argento color est avaris
Abdita terris — — —
— — — nisi temperato
splendeat usu, o)

ideoque bene meretur de republica, qui illud reducit ex tenebris in lucem, ut splendeat in manibus ciuium, atque ad utilitates plurium accommodetur, Neque tamen hoc est perpetuum, ut inuentori faueamus, sed ad illam thesauri speciem duntaxat, pertinet, quam PAVLLVS l. 31. §. 1. D. de acquir. rer. dom. tractauit, cuius memoria non extat, & quæ dominum non habet, siue de qua nullis probabilibus argumentis conicere possumus, dominum, qui illam deposuerit, aut heredes eius deprehendi posse, ut ipsis res deposita restituatur. Extra hanc speciem, si quis pecuniam vel deperditam, vel per errorem ab illo, qui deposuerit, non ablatam, inuenerit, illam SCAEVOLA in l. 67. D. de rei vind. quam explicandam in fronte dissertationis proposuimus, eius manere, ait, cuius & fuerat, ita ut nihil lucri perueniat ad inuentorem. Et hoc quidem genus depositæ pecuniæ SCAEVOLA in d. l. 67. opposuit thesauro. Ita enim ille: *si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perditæ, nihil ominis eius eam esse, cuius antea fuerat.* Quo loco meretur obseruari, interdum etiam illam depositionem pecuniæ, quam quis sciens aliquo loco occultauevit, & cuius dominus non ignotus est, quam SCAEVOLA a thesauro seiunxerat, thesaurum appellari. Generaliter enim, quæ in futuros usus atque ad necessitates crastini diei εἰς αὐγίων reposita erant, thesauri παρὰ τὸ εἰς αὐγίων τιθεσθαι dicebantur, ut omnem copiam & abundantiam rerum utilium, ad usus futuros congestam atque comparatam, thesauri nomine veteres comprehenderent. Ita apud VIRGILIUM MARONEM p) faui, quos apes faciunt, & mel in illis reconditum, thesauri appellantur. Sed & pecuniæ a dominis congestæ, & postea ab ipsis dominis, qui eos deposuerant, reclusæ & retractæ in lucem, dicuntur veteres thesauri. Ita SICHAEVS DIDONEM iussit fugam arripere,

Auxiliumque viæ, veteres tellure reclusæ
Thesuros, ignotum argenti pondus & auri. q)

Est

o) HORAT. II. od. II. vers. 1.
Aeneid. lib. I. vers. 362.

p) VIRGIL. georgic. lib. I. vers. 228.

q) Id.

Est etiam apud POMPONIUM l. 15. D. *ad exhibend.* thesaurus, quem dominus deposuerat in fundo alterius, & ibi defossum esse sciebat, ideoque præstito calumniæ iuramento, ut dominus fundi se thesaurum effodere & eximere & totum auferre pateretur, postulabat ^{r)}

Habes igitur *thesauros*, quorum dominus non ignoratur. & qui a domino suo possidentur, quod PAPINIANUS ait l. 44. pr. D. *de acquir. vel amitt. possess.* Plus dicam, quicquid *deponitur* & digeritur in certos locos, quicquid ita occultatur, ut retrahi in lucem possit, *thesaurum* veteres dixerunt. Ita BRUTUS ^{s)} ad MARCUM TULLIUM omnes copias pecuniarum *thesauros*, & ipse CICERO ^{t)} locos argumentorum *thesauros* appellauit. Præterea, si Q. VALERIUM SORANUM apud A. GELLIUM audiamus *flauissæ* & *thesauri* sunt cellæ subterraneæ, in quibus signa & alia religiosa & res pretiosæ data opera reponebantur ^{u)} Immo vero T. LIVIUS habet *thesaurum publicum sub terra saxo quadrato septum*, in quem facinorosi vincti, tanquam in *carcerem* coniecti sunt, ^{x)} quod ALCIATVS in parergis obseruauit. ^{y)} NÆVIUS etiam, vetus poëta apud GELLIUM, orcum, in quem mortui deferebantur, *thesaurum orcinum* appellauit. ^{z)} Neque alio sensu apud PLAUTUM ^{a)} accipitur *thesaurus mali*, id est, infortunium maximum, & alio loco, ^{b)} homo improbus & nefarius, qui omnes nocendi artes, omnia fraudum ingenia in promptu habere videatur. Est enim appellatio illa *thesauri mali* inter appropriata, uti inter blanditias illa apud eundem PLAUTUM ^{c)} decus populi, *thesaure copiarum*, quod amantes nostri notissima formula, *mein Schatz*, subinde imitantur. Habemus etiam thesaurum, stupri, ^{d)} id est, stuprum antea occultatum & postea deprehensum a marito.

Ex his locis intelligitur, omnia, quæ occultata fuerint, & omnem omnino copiam repositam & custoditam thesauri nomine venisse. In his igitur speciebus tantum abest, ut *inuentio fauore digna* sit, ut interdum etiam *poenam* mereatur, in primis, si dominus probabilem causam habuerit occultandi. Insignem eiusmodi speciem offendimus in argumento fabulæ Menandrinæ, quod TERENCEIVS, ^{e)} & eius interpretes DONATIVS, itemque

^{r)} vid. ad hanc legem MARQUARDVS FREHERVS lib. I. verisimil. cap. IV. apud OTTON. tom. I. p. 866. ^{s)} BRUTVS in epist. Cic. lib. XI. 10. ^{t)} CICERO. de finib. lib. IV. cap. IV. ^{u)} A. GELLIUS noct. Attic. lib. II. cap. X. ^{x)} LIVIUS lib. XXXIX. cap. I. ^{y)} ALCIATVS parerg. iur. lib. VII. cap. I. ^{z)} A. GELLIUS noct. Attic. lib. I. cap. XXIV. ^{a)} PLAUT. mercat. act. I. sc. II. vers. 51. ^{b)} Id. ibid. act. III. sc. IV. vers. 56. & ibi Taubmannus ^{c)} Id. alinar. act. III. scen. III. vers. 66. ^{d)} Id. in amphitruon. act. IV. scen. II. in suppositis. ^{e)} TERENCE. eunuch. in prolog.

que DEMPSTERVS *f)* & ALCIATVS *g)* retulerunt: nimirum senex quidam præuiderat filium heredem suum bona paterna nequitia sua perditurum esse, ideoque magnam vim pecuniæ in *sepulcro* deposuerat, & ne illa periret, sed filio egenti aliquando prodesset, præceperat filio, ut post decennium epulas deferret in sepulcrum: quia sic euenturum arbitrabatur, ut filius thesaurum inueniret, cum epistola adiecta. Habes thesaurum non solum bono animo, sed prouidentissimo etiam consilio depositum, & plenum prosperi euentus.

In his autem exemplis *inuentio* & *retentio* thesauri proxime ad furti speciem accedit, ut alio loco comprobabimus. Hoc commouit legum architectos, ut *inuestigationem thesauri*, præsertim in fundo alieno, *odiosam* & aliquando *illicitam* censerent, ne cuiquam res sua prudenter occultata, aut certe ius quæsitum & alia commoditas, *inuestigatione importuna*, interueratur. Igitur generaliter constitutum est, illum qui *data opera* thesaurum in fundo alieno quæsitum inueniret, non mereri præmium inuentionis. l. vn. C. *de thesaur. & nou. Leon. 51.*

Sed aliquando, etiam *poena* dignus est, qui inuestigauerit, inprimis qui *sepulcra* recluserit, cadauera spoliauerit & cineres turbauerit *thesauri inquirendi* causa, quod ne fiat, D. SEVERVS interdixit l. 3. §. 7. D. *de sepulcr. viol.* Et recte CASSIODORVS *h)* indignatur scelere *presbyteri* cuiusdam LAURENTII, qui effosis cineribus *funestas diuitias* inter hominum cadauera perscrutus esset.

Imo vero ex MASSURIO SABINO A. GELLIVS *i)* & ex SERVIO Sulpicio MACROBIVS *k)* obseruauerunt, *religiosum* a *relinquendo* dictum, cum a sepulcris & locis religiosis abstinere, & quæ ibi reposita sint, *relinquere* intacta, debeamus. Sed, ut appareat, *odiosam* esse thesauri *inuestigationem*, POMPONIUS ne domino quidem pecuniæ permittit, ut *thesaurum suum*, quem ipse deposuit in fundo alieno, ex illo loco effodiat & exportet, nisi domino soli vel de damno infecto caueat, vel de calumnia iuret, se nihil dolo malo & in domini iniuriam moliri, l. 15. D. *ad exhibend.*

Extremo generaliter PLATO *l)* iniustum credit thesaurum vel quærere, vel tollere inuentum, quem quis neque ipse deposuerit, neque sciuerit a maioribus suis depositum fuisse, cum abscisse a rebus alienis abstinere debeamus: quod AELIANVS *m)* refert etiam legislatoribus *stagiritarum* placuisse.

Du-

f) DEMPSTERVS in not. ad Rosini antiq. p. 520. *g)* ALCIATVS parerg. iur. lib. VII. cap. I. *h)* CASSIODORVS lib. IV. variar. epist. XVIII. *i)* GELLIVS lib. IV. cap. IX. *k)* MACROBIVS lib. III. saturn. cap. V. *l)* PLATO lib. X. sub init. de legibus. *m)* AELIANVS variar. histor. lib. III. cap. XLVI.

Dubium igitur est *præmium inuentionis*, in cuius locum aliquando poena etiam succedit. Ante aliquot menses ordini nostro proposita est eiusmodi species, in qua ambigi poterat, *præmium*, an poena inuentori decerni debeat. IAVOLENVS fabros induxerat in ædes suas, cellæ reficiendæ causa, illosque iusserat parietem ruinosum deiicere, vt integrum postea restitueret: in primis vero fabros admonuerat, ne quid temere proiicerent, sed vt omnia, etiam ferramenta, & si quid aliud obueniret, asseruarent atque custodirent. Fabri ollam inuenerant, quadringentis aureis repletam, illamque occultauerant, nummos inter se partiti erant. Dominus, cum ex multis indiciis colligeret, fabros thesaurum inuenisse atque subtraxisse, apud iudicem criminis ac furti quodammodo reos detulerat, atque, vt *dimidium thesauri* sibi restituere egerentur, postulauerat. Iudex, thesauri parte apud fabros deprehensa; ex responso ICTorum Lipsiensium poena extraordinaria fabros affecerat, iusseratque illos domino restituere *partem dimidiam* thesauri. Sed dominus ædium, ductus poenitentia, iam quidem, leuiteratione interposita, non *dimidium*, sed *totum thesaurum* a fabris repetebat. Neque petitio illa colore aliquo carebat. Causabatur enim dominus, fabros mercedem laboris sui accepisse, ideoque omnem fructum huius laboris ad conductorem pertinere, & *totum thesaurum* domino fundi acquisitum esse: praeterea monebat actor, fabros, dum thesaurum occultauerint, furti reos delicto se contaminasse, ex quo *locupletiores fieri* & lucri partem dimidiam capere omnino non deberent. Fauebat actori constitutionis Leoninae §1. luculenta dispositio, qua cautum est, vt, si quis thesaurum inuentum vel totum vel partem eius occultauerit, beneficio inuentionis excidat, & rem totam, nulla parte retenta, fundi domino restituat. Multa in vtrumque partem disputabantur, & res erat in ambiguo. Sed placuit confirmandam esse Lipsiensium ICTorum sententiam & dimidiam thesauri partem inuentoribus, quamuis pessime de domino meritis, quamuis totum thesaurum per mendacium occultauissent, relinquendam esse. Quod quibus ex rationibus factum fuerit, si indicauerimus, operae pretium nos facturos arbitramur.

§. III.

Nimirum, ne quid dissimulem, miris difficultatibus perturbatur illa de dominio thesauri inuenti disputatio, quae superstitionibus veterum aucta *Dimidium thesauri inuenti ideo inuentoribus tribuitur* sunt, & ita rem in ambiguum adduxerunt, vt PLATO ⁿ⁾ controuersiam illam humano ingenio expediri non posse *oraculum* & iudicium Deorum explorandum esse, censeret, ex quo solo constitui possit, ad quem thesaurus per-

n) PLATO lib. IX. de legibus,

quia in du-pertineret. Hoc Consilium sequuti sunt piscatores illi, qui tripodem aure-
 bio res liti-um inuentum *sapientissimo* ex fide oraculi restituerunt. Imo vero APOL-
 giosas aquis LONIVS TYANEVS cum non solum ex oraculo, sed etiam ex coniecturis,
 partibus di-Dei voluntatem intelligi posse crederet, si PHILOSTRATVM ^{o)} audiamus,
 uidere sole-mus, thesau-regi cuidam Indorum auctor fuit, vt, orta inter emtorem & venditorem
 rus credebatur fundi controuersia de thesauro inuento, hunc quidem illi adiudicaret, qui
 tur benefici-innocentissimus, & propter morum integritatem Diis immortalibus inpri-
 um dei & mis probari, adeoque illorum beneficio dignior esse, videretur. ^{p)} Inua-
 fortuna, the-saurus nonluit etiam apud Romanos illa opinio, thesaurum, cuius dominus ignoretur,
 est pars fun-Dei aut fortunæ donum esse, quod induxit TRYPHONINVM, vt thesau-
 di thesaurus rum a seruo inuentum eodem iure, quo res seruo *donatus* & ex liberalitate
 occultus non alterius profectas, iudicaret, quia thesaurus *donum fortunæ* censeatur, l. 63.
 possidetur a §. I. D. de acquir. rer. dom. Et paulo post idem Ictus de seruo, qui ter-
 domino fun-ram ex alia causa fodiebat, & omnia alia agens, thesaurum inueniebat, re-
 di, spondit, illum alii rei operam infumisse, sed *fortunam aliud*, id est, the-
 saurum, tanquam *fortunæ beneficium*, dedisse. d. l. 63. §. 3. Solemus
 enim, quae ab exiguis causis concurrentibus & inter se coniunctis ita profi-
 ciscuntur, vt intelligi nequeat, quantum quaelibet causa ad effectum produ-
 cendum attulerit, solemus, inquam, illa plerumque *fortunæ* tribuere, tan-
 quam effectrici & procuratrici omnis prosperi euentus, cuius specialem cau-
 sam ignoramus. Sed cum exiguae illæ causae non sine numine & Dei consilio
 saepissime concurrant; optimi principes thesaurum, quem veteres *donum*
fortunæ dixerant, *Dei beneficium* appellauerunt, l. vn. C. de thesaur. imo &
loci beneficium a Deo tributum, quod imperator obseruauit *Nou. Leon. 51.*
in fin. Sed & olim quibusdam thesauri in Deorum immortalium, aut cer-
 te Daemonum, custodia constituti esse, ^{q)} illorumque beneficio, inprimis
 HERCVLIS indulgentia & voluntate, inuentoribus tribui & offerri vide-
 bantur. Eo pertinent preces illius coloni apud PERSIVM ^{r)} ingemiscantis:

— — — — — O si

Sub rastro crepet argenti mihi seria, *dextro*

HERCVLE.

Ex eadem causa apud Q. HORATIVM FLACCVM ^{s)} mercenarius, qui
 agrum arauerat, & illum postea mercatus erat, thesauro ibi inuento,

— — di-

^{o)} PHILOSTRATVS lib. II. in fine. ^{p)} Vid. VERANDVS ADDVENSIS
 lib. II. cap. XXVIII. explication. in OTTONIS thesaur. iuris. rom. tom. II.
 p. 593. ^{q)} CEDRENVS in Anastasio 297. apud RADVLPHVM FORNE-
 RIVM lib. III. cap. XVIII. rerum quotidianar. in OTTONIS thesaur. iur. rom.
 tom. II. pag. 214. ^{r)} PERSIVS satyr. II. ^{s)} HORAT. II. sermon. VI
 vers. X.

— — — diues, amico

HERCVLE, — — —

appellabatur. *Fortunae* igitur *donum* & *dei beneficium* thesaurus esse creditus est. Itaque si quis in suo solo thesaurum inueniret, vix dubitationi locus erat, quin thesaurus *Dei beneficio* inuentori tributus & assignatus esse censeretur. In eo enim omnes fere consenserunt. l. 31. D. *de acquir. rer. dom.* l. vn. C. *de thesaur.* & *Nou. Leon. 51.* Sed si quis in alieno solo forte fortuna thesaurum deprehendisset, ambiguum erat ad quem fortunae beneficium spectaret, & vtrum inuentori, an domino soli, attributus esse thesaurus videretur. Et LEO quidem *thesaurum loci beneficium* appellat, *Nou. Leon. 51. in fin.* Neque vero colore destituitur illorum sententia, qui thesaurum ex naturali ratione domino soli tribuerunt, quandoquidem, qui solum tenet, etiam illa, quae *naturaliter* aut *artificialiter cohaerent*, etiam *infossa* acquisiuisse iudicatur. Ita enim VLPINVS l. 9. §. 2. & 3. D. *quod vi aut clam.* & IAVOLENVS l. 18. pr. D. *de action. emt. & vendit.* praeceperunt. ¹⁾ Certe ad quem dominium fundi pertinet, illi fructus fundi & omnia com-
moda debentur.

Imo tentari posset, an non *possideat* thesaurum, qui fundum iure domini possidet, cum non sit necessarium, vt per omnes glebas etiam infrater-ram obambulet possessor, sed sufficiat, quod ipsius fundi possessionem corpore & animo apprehenderit, & hoc facto, omnia, quae cum fundo coniuncta sunt, omnino possidere censeatur. Ad hæc accedit, quod & *damna fortuita* & quae per vim maiorem accidunt, ad dominum fundi referantur, ideoque non iniustum videri possit, si etiam *lucra insolita* atque *inexpectata* ipsi tribuamus. Denique & illud habet aliquam speciem, quod dominus pecuniæ, qui thesaurum deposuit, hoc forsitan animo illud fecerit, vt thesaurus cum fundo ad quemcunque possessorem transeat, quamuis ipse ignorauerit, ad quem fundus postea sit peruenturus.

Sed hæc, vt diximus, ad speciem dicuntur. Certius est, si iuris regulam sequamur, thesaurum *non esse fundi portionem*, sed *corpus a fundo separatum*, quod etiam CARPZOVIVS ^{u)} obseruat. Neque enim, quae *infossa* sunt, continuo ad fundum pertinent, nisi ex domini *destinatione*, quod ex LABIONE VLPIANVS docet l. 17. §. 7. D. *de act. emt. vend.* At vero in pecuniæ depositione manifestum est, deponentem non ad vsum perpetuum ædium aut fundi thesaurum defodisse, sed vt vel ipse eum repeteret, vel perpetuum ab hominum vsu separaret. Extremo, thesaurus *fructuum* nomine non venit, quod VLPIANVS l. 7. §. 12. D. *solut. matrim.*
O 2 com-

^{e)} Vid. SCHILTERVS in exercit. ad D. XLV. §. XXVI.
constit. elect. Sax. LIII. defin. V.

^{u)} CARPZOV. p. II.

comprobavit, qua propter nec fructuum iure ad dominum fundi pertinebit. Quæ cum ita sint, commodius dicetur, thesaurum ne *possideri quidem* a fundi domino, qui *nesciat*, illum in solo suo latitare. Luculenter enim PAVLLVS contra BRVTVM & MANILIVM defendit, eum, qui thesaurum in fundo esse *nesciat*, quamvis totum fundum possideat, *thesaurum* tamen *non omnino possidere*, l. 3. §. 3. D. *de acquir. vel amitt. possess.* Et aperte POMPONIVS, si quis *nesciat* thesaurum in suo fundo esse, eumque loco *non mouerit*, quamvis fundum possideat, tamen thesaurum in fundo reconditum non possidere. l. 15. D. *ad exhibendum*. Tantum igitur abest, vt dominus fundi eum solo etiam thesaurum acquisiuerit, vt illum ne *possideat* quidem, neque vsucapere possit, nisi sciat, ibi thesaurum esse, & nisi inuenerit atque loco mouerit thesaurum, l. 3. §. 3. D. *de acquir. vel amitt. poss.*

Hæc igitur cum expedita sint & dubio careant, *obscurum* est ius domini, in cuius fundo thesaurus inuenitur. Itaque de *inuentore* inquiramus, an illi magis, quam fundi domino, Deus & fortuna thesaurum obtulisse videatur. Nimirum cum *inuentor primus* incidat in thesaurum, quem in alieno fundo deprehendit, videtur ipsi fortuna, & quod regit omnia, numen, thesaurum quem alii ante ipsum non viderunt, reseruasse. Accedit, quod thesaurus dominum non habeat, cum inuenitur; adeoque si PAVLLO fides est, quod alterius non sit naturali ratione, censeatur ad inuentorem pertinere, l. 31. §. D. *de acquir. rer. dom.* cum nemo conqueri possit, suum sibi ablatum esse fortuita inuentione. Neque multum a veri similitudine discederet, qui thesauri dominium inuentori ex domini voluntate & quasi ex *generali traditione* acquiri affirmaret, cum ex illa causa dominus pecuniam deposuisse iudicaretur, vt quisquis eam inuenturus sit, iure domini quasi traditam sibi retineret, vt in iactione missilium, quamvis dominus deponens ignoret, ad quem thesaurus aliquando peruenturus sit.

Accepisti, quibus argumentis causa inuentoris commendari possit iudici, si de thesauro acquirendo litigetur. Neque tamen hæc ita certa & expedita sunt, vt nihil supersit fundi domino, quod pro sua causa dicere possit aduersus inuentorem. Faciamus enim, *fortuna donum esse veterem thesaurum*; tamen videri potest fortuna, thesaurum domino fundi prius, quam inuentori, obtulisse. Dum enim totum omnino fundum dominus acquirit, & obtinet omnia, quæ cum fundo cohærent, quodammodo censetur occupasse, atque ipsum etiam thesaurum, priusquam inuentor aliquid resciscat de deposito thesauro. Cur igitur inuentor eripiat domino, quod fortuna eum fundo eius quodammodo coniunxit, imprimis, cum thesaurus in fundo alterius repositus, non cuius occupanti obuius esse debeat, sed dominus fundi possit ingressu prohibere inuentorem, ne thesauri quærendi causa ter-

ram

ram fodiat in fundo suo. In quo argumento negligi non oportet, *damna fortuita* dominum fundi onerare, ut non immerito etiam *dona fortunæ* improuisa & cum fundo suo coniuncta sibi arrogare possit. Denique, si quaeratur de voluntate deponentis, certius est, dominum voluisse rem ad neutrum pertinere, cum nemo suum iactare aut derelinquere voluisse censeatur. l. 25. pr. D. *de probat.* Si probabilem sententiam sequi voluit deponens, facilius suspicari potuit, futurum possessorem fundi, pecuniam a se depositam inuenturum esse, quam quemlibet alium, qui fortuito in thesaurum incidit & de quo non cogitare potuit deponens.

In his igitur tenebris quid dicemus, cum & odiosus sit thesaurus, quod supra comprobauimus, & fauore digna inuentio, & odii plena inuestigatio, & non minus probabiliter multa pro domino soli, quam pro inuentore disputentur. Veteres quidem in illa dubitatione variauerunt, cum alii fauerent inuentori, alii contra fundi domino, multi fisco, quia per depositionem pecuniæ census imminuti & vectigalia deteriora facta censeantur. x) Tandem HADRIANVS, si fortuito thesaurus inuentus fuerit, *dimidium* domino soli, *dimidium* inuentori tribuit, quem & D. FRATRES & LEO imperator secuti sunt l. vn. C. *de thesaur.* & nouissime IUSTINIANVS, qui illud ab HADRIANO *naturalem æquitatem* secuto constitutum esse arbitratur §. 39. *inst. de rer. diu.*

Ne quid dissimulem, *obscura est* illa naturalis æquitas, quæ adduxit HADRIANVM, ut inter dominum soli & inuentorem æquis partibus diuideret thesaurum. Enimvero *æquitatem naturalem* appellamus, cum vel manifesta est supremi legislatoris voluntas, quam naturali ratione cognoscimus, vel cum *deserimus regulam iuris scripti*, propter singularia quædam, quæ in facto occurrunt, & ostendunt regulam iuris in illo facto legislatoris finibus & voluntati aduersari. Sed ut diximus, obscurum est in hac specie, utrum magis domino fundi faueat voluntas maximi legislatoris, an inuentori potius, qui forte fortuna inciderit in thesaurum. Magis placet, ex politica imprimis causa, id est, ut studium inueniendi & protrahendi thesauros, spe præmii iniecta, excitetur, lucrum aliquod tributum esse inuentori, quod imperator LEO obseruauit constit. Leon. § I. Itaque videtur HADRIANVS in ista dubitatione secutus esse illud consilium, quod sæpius legislatoribus in causis *dubiis & obscuris* placuit, ut *scinderent* nodum Gordium, quem *soluere* non possent, & rem litigiosam inter litigantes diuiderent, si non constaret, vter litigantium iure meliori uteretur. Ita in interpretatione ultimarum vo-

x) De variationibus imperatorum circa thesauri acquisitionem vid. MARQUARDI FREHRI lib. I. cap. IV. verisimil. apud OTTON. in thesaur. iur. rom. tom. I. pag. 865. GROTIUS de iure belli & pacis lib. II. cap. VIII. §. VII. EYFENBORF. de iur. nat. & gent. lib. IV. cap. VI. §. XIII.

luntatum, si alteri proprietas fundi relicta, alteri ususfructus legatus sit, ususfructus inter utrumque legatarium *diuiditur*, quia non apparet, utrum restatur priorem legatarium ususfructu prorsus excludere voluerit. Hoc enim MODESTINVS docet, l. 19. *D. de usu & usufructu*. Eodem iure utimur, si insula *in medio flumine* nata sit, neque intelligatur, cui ripæ sit vicinior, & cui fortuna hoc beneficium suum tribuere voluerit: tunc enim illam inter istos *diuidimus*, qui prope utramque ripam prædia possident. l. 7. §. 3. *D. de acqu. rer. dom.* Eandem rationem IUSTINIANVS in alia specie probauit, cum quis seruum heredem instituisset, quem liberum esse crediderat, & seruo substitutum dedisset in eum casum, si ipse heres non fuerit ex testamento. Quia enim dubitari poterat, an non testator seruo præferre voluisset substitutum, si sciuisset, heredem seruum hereditatem non sibi, sed domino, acquisitum esse; in re obscura substitutus in *partem dimidiam* admissus est, quamuis heres scriptus iussu domini hereditatem adiisset §. vlt. *Inst. de vulgar. subst.* quod & antea IULIANO visum est l. 40. *D. de hered. instit.* Eodem consilio usus est CONSTANTINVS in dominio rerum sponsæ demortuæ a sponso, *interveniente osculo*, donatarum, sponsæ heredibus adiudicando, l. 16. *C. de donat. ante nupt.* cum enim incertum esset, an subsisteret donatio, quæ sub conditione futuri matrimonii, per mortem sponsæ interpellati, facta erat, sed ex altera parte moueret, quod donatio, *interveniente osculo*, adeoque animo serio & maritali confirmata esse videretur, & hinc ambiguum esset, utrum res donatæ sponso reddendæ, an heredibus sponsæ relinquendæ sint; placuit in re obscura *dimidiam partem* apud sponsæ heredes manere, alteram partem ad sponsum, qui illas donauerat, reuerti. d. l. 16. *C. de donat. ante nupt.*

In causa dubia igitur, qualis est inuentio thesauri, rem diuidimus inter utrumque litigantem, quia, si metuimus, ne alterutri, re tota vni adiudicata, iniuriam faciamus, æquior videtur sententia, qua utrique lucrum aliquod relinquimus, & utrique aliquid detrahimus; cum certe leuior sit iniuria, si quis *partem* amiserit, quam si *totum* ipsi extorqueatur. Eleganter enim IAVOLENVS: quoties nihil sine captione inuestigari potest, *eligendum est, quod minimum habeat iniquitatis*. l. 200. *D. de reg. iur.* Dicerem, hoc consilium SALOMONI placuisse, cum partum dubium, de quo duæ matres litigabant, medium diuidi & utrique matri dimidium assignari iusserit; nisi constaret SALOMONEM non serio illam sententiam dixisse de partu diuidendo. y) Sed DAVIDES certe serio *diuidi* agrum litigiosum iussit inter ZIBAM & MEPHIBOSETVM cum non vacaret controuersiam audire, & ad quem ager iure meliiori pertineat, inuestigare. z)

§. IV.

y) 1. Reg. III. 24. 25.

z) 2. Sam. XXIX. 29.

§. IV.

Tenes, quo iure dominus fundi & inuentor pecuniæ depositæ inter se ^{Mercenarii,} vtantur in thesauro partiendo, cum non tam ex æquitate naturali, quam ^{fabri in ne-} potius arbitraria legislatoris dispositione, ne alteruter illorum conqueri possit, ^{gotiis ad} vterque in partem dimidiam admittantur. Ex his igitur, quæ antea dispu- ^{quæ condu-} tata sunt, non difficile fuerit iudicare, an etiam ^{Et sunt no-} mercenario & fabro ad fo- ^{his acqui-} diendum, aut domum reficiendam, a nobis inducto, ^{runt qui} dimidia pars thesauri per occasionem operarum suarum inuenti ^{aliena nego-} debeatur. Vix autem videtur esse ^{tia suscipi-} locus dubitationi, quin iure inuentionis partem dimidiam acquirerent, cum ^{unt omnia} luculenter LEO imperator eum, qui ^{lucra etiam} arando, colendo terram alienam, in thesaurum incidisset, in partem dimidiam admittat, l. vn. C. de thes. Sed ^{extrinsecus} turbas tamen dederunt ANGELVS ^{a)} & PETRVS GREGORIUS THOLO- ^{allata resti-} SANVS, ^{b)} qui mercenarios & fabros ad fodiendum & aedificandum con- ^{tuere tenen-} ductos, si inter has operas thesaurum inuenerint, ab omni parte excluserunt, ^{tur.} & CORNELIVS van BYNKERSHOEK non dissimulat; etiam Franeque-
rae & Hagae Comitum contra mercenarios & fabros, thesaurorum inuen-
tores, iudicatum esse, ne ex illa vetere depositione pecuniae aliquid lucren-
tur. ^{c)} Quae res cum etiam in specie illa singulari, quam supra §. 2. in
fine tetigimus, in controuersiam adducta sit, non superuacaneum fuerit ex-
ponere, quid in vtramque partem disputari posse videatur.

Nimirum *mercenarii* dicuntur, quorum ministerio *pro mercede* uti-
mur, quos conduximus, qui apud nos degunt, qui inter domesticos a nobis
suscepti sunt, quod ait MARCIANVS l. II. §. I. D. de poenis, quos adeo
VLPIANVS cum filiofamilias coniunxit, ita, vt illorum facta nobis quo-
dammodo imputari posse censeantur, l. I. §. 20. D. de vi & vi arm. homi-
nes liberi, quos loco seruorum in operis habemus, quod idem VLPIA-
NVS ait l. 4. pr. D. de usu & habit. aut quorum ministerio non minus,
quam seruorum utimur, vt nobiscum habitent, velut serui, §. 2. Inst. de
usu & habit. quibus merces est *auctoramentum* seruitutis, quod MARCVS
TVLLIVS ^{d)} ait, quorum operas illasque illiberales & sordidas *emimus*,
quosque ab artificibus distinguimus, & qui denique, vt idem TVLLIVS
alio loco docet, ^{e)} quamuis non sint serui, tamen nostrae familiae & genere
& nomine continentur. De his vero dubitari non potest, ipsos, si quid ex
re nostra, *nostrae iussu*, suis operis, quas mercati sumus, acquisiuerint,
illud nobis acquirere, cum in illa causa fere pro seruis habeantur. Habet
Q. HORATIVS FLACCVS eiusmodi *mercenarium*, qui agrum arauerat, po-
stea

a) ANGELVS ad §. XXXIX. Instit. de rer. diu. mat. lib. III. cap. XI. n. §. b) THOLOSANVS in syntag-
c) BYNKERSHOECK in obseru. iur. rom. lib. II. cap. IV. in fin. d) CICERO in offic. lib. I. cap. XLII. e) Id. pro
Cæcin. cap. XX.

stea agrum mercatus, amico Hercule, thesaurum inuenerat & diuitias acquisiuerat hac inuentione *f*).

Sed a mercenariis non longe recedunt *fabri*, qui & ipsi pro mercede operas faciunt & conducuntur, non tamen quascunque operas vendunt, sed istas duntaxat, quibus utimur ad *ædificandum*, cuiuscunque generis sit ædificium. Ita enim *GAIUS* rem interpretatur, l. 235. §. 1. *D. de verb. signif.* Hi sunt *fabri illi*, quos emtor ædium ad domus refectionem induxerat, & qui pecuniam inuenerant apud *SCAEVOLAM* l. 67. *D. de rei vindic.* & quos *MARCUS TULLIUS* opponit *architectis*, *g*) cum illi quidem domum ædificent, sed iussu & auctoritate architecti.

Mercenarii igitur & fabri, dum terram fodiunt, dum parietem deiciunt, si pecuniam veterem inuenerint, videamus, utrum partem sibi acquisiuerint, an totum nobis restituere cogantur. Et videtur, hoc illis quidem obesse, quod *data opera* in fundo alieno inuenerint thesaurum. Hos autem, qui data opera thesaurum quæsiuerint, imperator *LEO* & *IUSTINIANVS*, ne quid lucrentur ex thesauro, prohibuerunt & partem dimidia inuentoribus debita excluderunt. l. vn. *C. de thes.* Nou. Leon. 51. & §. 39. *Inst. de rerum diuisione.*

Habes primam causam dubitandi, an mercenarii & fabri in partem admittantur. Sed obstat adhuc grauius, quod hi quidem pro mercede nobis *vendiderint* operas, adeoque omnem fructum laboris sui, quem nostra pecunia mercati sumus, nobis relinquere debeant & mercede sua contenti esse, quam solam ex locatis operis acquirunt. Enim vero eleganter *VLPIANVS*, si mercenarius, inquit, meus saxum exemit, quod mihi donatum est, *mihi videtur exemisse*, cum, quicquid ille per operas a me conductas, meoque iussu & nomine susceptas, lucratus fuerit, mihi pro mercede acquisuisse iudicetur l. 6. *D. de donat.* Ex quo loco intelligitur, factum mercenarii & fabri, non ipsis quidem, sed domino, qui eos conduxerit, prodesse. Quid igitur faciemus, si thesaurum inuenerint, cum terram nostro iussu fodiunt, aut ædes reficiunt, an hanc fructum laboris sui nobis pro mercede relinquere tenebuntur. Ita videtur, si *VLPIANO* abscisse obsequendum est, d. l. 6. *D. de donat.* Imo vero plus dicam. Generaliter etiam homines liberi, ob nullam mercedem nobis obligati, qui nostra negotia suscipiunt & *nostro nomine* administrant, *nihil ex illis retinere*, sed quicquid per illam occasionem lucrati fuerint, nobis *restituere* tenentur. *PAVLLVS* enim luculenter, quod ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, *nihil remanere* oporteat, præcepit l. 20. pr. *D. mandat. vel contr.* nec minus scite *VLPIANVS*, si, præter rem mandato comprehensam, procurator etiam

f) *HORAT.* II. sermon. VI. vers. 11. 12. epist. II.

g) *CICERO* ad Varronem lib. IX.

etiam fructus acceperit, illos restituendos esse docet. l. 10. §. 2. & 8. D. *mand.* Vltius progreditur GAIUS, qui vult lucra, quæ procuratori non solum ex re mandata, sed etiam *extrinsecus ob eam rem* omnino obuenerunt, restitui domino, qui negotium mandauit. l. 46. §. 4. D. *de procurator.* Quæ res summam rationem habet, cum & ipse mandatarius recuperet, quicquid impendit, & officium ipsi non quidem lucrosum, sed nec *damnosum* esse debeat, quod VLPIANVS præcipit l. 12. §. 9. D. *mand.* & quia præterea ad omnem euentum negotii mandati constitutus esse videatur, adeoque iniustum sit futurum, si quid retinuerit, quod ex negotio mandato ad ipsum peruenisset. ^{h)}

Apud procuratorem igitur nihil ex illo negotio, quod nostro nomine suscepit, remanere debet. Sed GAIUS, eandem rationem sequendam esse, ait, etiam in illis iudicandis, qui sine mandato nostra *negotia gesserunt.* Aequum enim esse docet, negotiorum gestores eo nomine condemnari, quicquid ex illis negotiis *retineant*, cum nihil lucri apud istos remanere debeat. l. 2. D. *de negot. gest.* Non tamen hic subsistit VLPIANVS, sed *iniusta* etiam *lucra* negotiorum gestori extorquenda esse ait, e. gr. si per obreptionem usuras maiores exegerit, quæ peti omnino non potuissent: quia generaliter placuit, *nihil* gestorem *lucrari* ex suscepto negotio debere. l. 8. §. 1. D. *de negot. gest.* Sed luculentius adhuc POMPONIUS EX PROCVLO demonstrat, si quid insolitum meo nomine susceperis, casum & damnum a te præstari, *lucrum* vero etiam fortuitum & insolitum ad dominum negotii referri, l. 11. D. *de negot. gest.* Ex quibus locis apparet, illum, qui iniussu meo, me absente & ignorante, thesaurum quæsiuerit & inuenerit, totum mihi restituere teneri.

Itaque, cum ne illis quidem, qui liberaliter & nulla mercede inducti, in nostris negotiis versantur, aliquid lucri, quod ipsis obuenerit, relinquamus, non alienum a iuris ratione videri posset, multo magis mercenarios & fabros, qui mercedem accipiunt, ad thesaurum occasione nostri negotii inuentum, cum omnibus accessionibus restituendum in iudicio obstringi.

§. V.

Sed hæc quidem, quæ proximo capite diximus, ad speciem duntaxat, *Dona fortis* non serio a nobis disputata sunt. Certius videtur, *mercenarios & fabros*, *na quæ mer-* qui, cum operas conductas nobis præstant, thesaurum non quæsitum *for cenariis* & *tu* inueniunt, incidere in *nouum* aliquod *negotium*, ab *operis conductis* *fabris occa-* *sione opera-* *rum condu-* *hæreat* cum operis locatis & negotio suscepto. Ita certe visum est *meliori- Etarum ob-* *bus*

^{h)} BYNKERSHOECK in obseru. iur. rom. lib. IV. c. 6.

ueniunt
prorsus se-
parata sunt
ab operis
conductis &
ipsis acqui-
runtur. Cau-
tionis est ut
illos specia-
tim conduca-
mus ad the-
saurum quæ-
rendum aut
cum ipsis
transigamus

bus principibus, qui *fossorem* non excludendum esse parte dimidia thesauri iudicarunt. CALPURNIVS, ⁱ⁾ qui sub CARO imperatore vixit, refert hoc ad felicitatem suorum temporum, quod

Iam neque damnatos metuit iactare ligones
Fossor, & inuento, si fors dedit, vititur auro,
Nec timet, ut nuper, dum iugera versat, arator,
Ne sonet offenso contraria vomere massa
Iamque palam presso magis ac magis instat aratro.

Scilicet *fors* seu *fortuna*, ut supra §. III. comprobauimus, *dedit* illud aurum, quod *fossor* inuenit, cum terram foderet iussu conductoris. Quæ autem inuidia est, illud mercenariis & fabris relinquere, quod hi quidem, non tanquam mercenarii, sed ut homines liberi ex *aliena liberalitate* acceperunt. Solemus fabris permittere, ut *dona emendicent* & colligant a prætereuntibus, dum operas præstant in nostro ædificio, neque *fortuitum* illud *lucrum* ipsis extorquemus. Eleganter hoc TRYPHONIVS in *seruo fructuario* obseruauit, l. 63. §. 2. & 3. D. *de acquir. rer. dom.* Quamuis enim, quicquid seruus fructuarius *operis suis* sibi demandatis acquisierit, illud omne ad usufructuarium pertineat; tamen TRYPHONIVS censet, seruum fructuarium, si *terram fodere iussus* thesaurum inuenerit, hunc quidem non operis serui acquisitum esse, ideoque non usufructuario acquiri, sed *fortune donum*, videri, cum thesaurus in fundo usufructuarii deprehensus seruo aliunde obueniat, & dimidia eius pars inuentori acquisita per seruum ad dominum, cum quo seruus vna persona sit, non vero ad usufructuarium, cui *fructus operarum* duntaxat debetur, merito transferatur. *Alii enim*, inquit TRYPHONIVS, *rei operam insumebat, aliud fortuna dabat.*

Satis, credo ex hoc loco intelligitur, thesaurum inuentum nihil commune habere cum operis, quæ nobis a seruo, vel fabro, vel mercenario debentur, quamuis per occasionem operarum inuentus sit, sed hoc esse beneficium separatum, quod ad illum pertineat, ad quem reliqua lucra fortuita referuntur, quæ vel seruis vel hominibus liberis, operas præstantibus, quacunque ex causa, obueniunt.

Neque aliquem moueat, quod *data opera* mercenarius in fundo alieno inuenerit thesaurum, adeoque nihil lucri expectare posse, sed totum thesaurum domino soli acquisiuisse videatur, §. 39. Inst. *de rer. diu.* Hic enim rigor legis, ut thesaurus data opera in fundo alieno inuentus, domino fundi totus acquiratur, tunc demum obtinet, si quis data *ad hoc* opera, id est, opera thesauri quærendi gratia, iniussu domini suscepta, inuenerit thesaurum.

(i) CALPURNIVS eclog. IV. vers. 117. apud MARQUARDVM FREHERVM lib. I. verisim. cap. IV. in thesauro OTTONIS tom. I. pag. 866.

rum. d. §. 39. *de rer. diu.* Sed nihil hoc nocebit mercenario, qui operam quidem dedit, sed iussu domini, ex locationis lege, operas præstitit, neque operam dedit thesauro inquirendo, sed alii rei illam insumsit, aliud fortunæ beneficio accepit.

Neque plus difficultatis obiicietur mercenariis ex eo, quod & mandatarii & negotiorum gestores lucra, quæ *extrinsecus* siue extra rem mandatam acceperunt, domino restituere cogantur, ut supra ex l. 46. §. 4. D. *de procuratoribus*, & l. 2. D. *de neg. gest.* a nobis demonstratum est. Hoc enim ad ea lucra pertinet, quæ non quidem *principaliter* ex eo negotio, adeoque *extrinsecus*, sed tamen ob eam rem & *propter susceptum negotium* ad mandatarium vel gestorem peruenerunt. Eleganter enim ita GAIUS rem definit l. 46. §. 4. D. *de procur.* quod apparet etiam ex exemplis ibi adiectis, ut, si vel per errorem & iniuriam iudicis præter summam mandato expressam *indebitum aliquid* aut maiores, quam oportuit, vfuras acceperit, quæ non quidem *principaliter* ex negotio & quodammodo *extrinsecus* ex facto improuiso & fortuito iudicis descenderunt, sed tamen *ob* eam litem & propter actionem a procuratore institutam ad ipsum peruenerunt. d. l. 46. §. 4. D. *de procurat.* & l. 8. §. D. *de neg. gest.* Hæc igitur lucra, quamuis fortuita, domino litis restituenda sunt. Cetera ipsi mandatario & negotiorum gestori acquiruntur, ut: si quid per occasionem negotii commissi emerint in itinere, aut aliunde liberalitate fortunæ acceperint, quorum rationem reddere non tenentur. Optime & scitissime PAVLLVS noster illa, quæ *ad mandatum pertinent*, distinguit ab his, quæ *casibus* imputantur. Hæc enim postrema ad solum mandatarium perueniunt. l. 26. §. 6. D. *mand.* alia vero lucra, quæ ex re mandata descendunt, domino sine dubio restituuntur.

Itaque ut ad mercenarios & fabros redeamus, hi quidem, quicquid acquirunt per operas locatas, conductori restituent, sed si quid *aliud* eis obuenerit, dum operas facerent, velut thesaurus, quem non quæsiuerunt, inuentionis iure ex parte dimidia, *Dei & fortunæ beneficio* fruuntur. l. vn. C. *de thesaur.* & 63. §. 1. D. *de acquir. rer. dom.*

Igitur, qui ad operas faciendas a nobis conducti sunt, quicquid ex operis conductis prouenerint, nobis, cetera sibi, acquirere videntur, quod supra ex lege 6. D. *de donat.* comprobatum est. Sed illud, inquam, nobis acquirunt, quod prouenerit *ex operis conductis*: ideoque cum raro ad thesauros inuestigandos, sed plerumque reficiendæ domus causa, fabros & mercenarios adhibeamus, hi quidem, nisi aliud actum sit, sibi acquirunt partem dimidiam thesauri. Sed fingamus *ad hoc* illos conductos esse, *ut thesaurum inuestigent*, quod raro accidit. Certius, omnem fructum laboris, quem thesauri inquirendi causa susceperunt & ad quem conducti sunt, ideo-

que totum etiam thesaurum ad conductorem pertinere, & ipsos fabros nihil præder mercedem ex illo casu fortuito lucrari. *Nihil* enim tunc *noui* fortuna illis *obtulit*, cum thesaurum deprehenderent, sed illud inuenerunt, ad quod quærendum conducti sunt. Quicquid autem ex operis conductis acquiritur, illud totum conductori ex lege contractus reddere tenentur. l. 16. D. *de donat.* Hoc intellexit TRYPHONINVS, qui thesaurum a seruo fructuario inuentum negat ad usufructuarium pertinere, quia seruus hoc non ex operis suis acquisiuerit, & quia *nemo ad thesauros quærendos seruorum opera utatur*, hoc est, quia nemo *uti soleat* opera seruorum ad thesauros inquirendos. His enim verbis concedit, quod, si quis præter consuetudinem *expresse uelit* & iubeat seruos thesaurum quærere, tunc thesaurus inuentus ex operis serui acquisitus videatur. l. 63. §. 3. D. *de acqu. rer. dom.* Apertius autem & simplicitati naturæ conuenientius SVEVI thesaurum in illa specie conductori addixerunt, mercenarium sua mercede contentum esse voluerunt: Und ist das jemand icht find uf seinem Gut, das ist sein mit Recht. Sindet es aber jemand anders, wan er selbs, und daß er nicht hat heissen suchen, dem soll er den vierden Theil heissen geben, das ist sein Fund. Recht, und hat er ihn heissen suchen, so soll er ihm sein Lohn heissen geben, den er ihm hat geheissen, und er mit ihm nichts gedingt, was er ihm dann geit, das soll er nehmen mit Recht. Spec. Sueu. c. 388. ^{k)}

Ex his igitur intelligitur mercenarium, *qui conductus sit ad thesaurum inuestigandum*, nihil præter mercedem lucrari ex thesauro inuento. Ideoque in specie singulari, quam §. II. in fin. proposuimus, potuisset dubitari, an fabri partem dimidiam thesauri acquisiuisent, cum dominus illos iussisset principaliter quidem parietem deiicere, sed tamen simul *ad omnia attendere*, nihil negligere, omnia etiam ferramenta colligere, vt viderentur ad thesaurum quærendum conducti esse, quo casu nihil mercenariis debetur præter mercedem. Sed magis tamen, censuimus, fabros ad cellam reficiendam, quam ad thesaurum inuestigandum, conductos esse, quia *thesauri mentio expressa* in formula conductionis non iniecta erat. Thesaurus autem, cum ad *singularia & insolita* pertineat, in pactis vulgaribus non intelligitur, neque appellatione ferramentorum, ad quæ fabri attendere iussi erant, continetur, nisi speciatim sit expressus, eaque de causa dimidium dedimus fabro inuentori, qui non speciatim ad thesaurum quærendum conductus erat.

Quæ adhuc tradita sunt, ostendunt, mercenarios partem dimidiam thesauri inuenti acquirere, nisi specialissime conducti sint ad thesaurum requirendos. Quapropter qui fabros inducit ad ædes reficiendas, in quibus suspicatur thesaurum latitare, non tutus erit, si fabros aut mercenarios generaliter iusserit ad omnia, quæcunque inuenerint, attendere omnia conquire-

re,

^{k)} vid. SCHILT. in exercit. ad D. XLV. §. 32.

re, & domino restituere, cum de thesauro inuento tunc nihil actum esse censetur, sed specialiter indicandum esse fabris, quod suspicio sit, ibi thesaurum latitare, illumque requirendum & domino restituendum esse. Tunc enim ex l. 6. D. de donat. sola mercede contenti esse debebunt fabri & mercenarii.

Qui timidus fuerit, ille tutissimum consilium sequetur, si cum fabris specialiter transigat, ut simpliciter, quamuis etiam thesaurum inueniant, sua mercede contenti sint neque conquerantur, etiamsi inuento thesauro, ipsos *ultra dimidium laesos* esse appareat. Ita enim omnibus litibus & eventui etiam incerto obicem certissimum opponimus l. 2. C. de transaction. & const. elect. Sax. 34. p. 2.

Accepisti, quo iure utamur, si fabri & mercenarii thesaurum inuenierint & conductori *rehunciauerint*, se thesaurum inuenisse. Sed quid dicemus, si *reticuerint & occultauerint* & totum thesaurum in suos usus conuerterint, an furti tenebuntur, an dimidia parte excludentur, ne locupletiores fiant ex delicto suo, ita videri poterat ex l. 3. §. II. D. de iur. fisc. & nou. Leon. 51. sed de hoc argumento proximis abhinc diebus in alio libello, *de thesauro a mercenariis aut fabris occultato* diligentius exponam.



OBSERVATIONES
DE
THESAURO
A MERCENARIIS AUT FABRIS
OCCULTATO.

AD L. III. §. XI. D. DE IVRE FISCO.

VITEMBERGAE, DIE XIX. APRILIS A. Q. S. P. EST CIO ID CC XXXIX.

L. III. §. XI. D. de iure fisci.

CALISTRATVS *lib. I. de iure fisci.*

Deferre autem se nemo cogitur, quod thesaurum inuenerit, nisi ex eo thesauro pars fisco debeatur. Qui autem, cum in loco fisci thesaurum inuenerit, & PARTEM AD FISCUM PERTINENTEM SUPPRESSERIT, TOTVM CVM ALTERO TANTO COGITVR SOLVERE.

§. I.

Odium occultationis clandestini consilii. Scitissime AGRIPPA, apud DIONEM CASSIVM, ^{a)} facilius nos & illa ferre, ait, quæ vi aperta aduersus nos gerantur, quam quæ *tecte & clandestinum & per insidias* administrentur. Quæ sententia summam rationem habet, cum *apertis* machinationibus resistere, atque ad vim repellendam nos comparare, consiliis consilia opponere, possimus; sed per *insidias* imprudentes & omnia alia agentes, cæco impetu, perturbemur & in difficultates maximas, quas prævidere non potuimus, adducamur. Hoc LABEO apud VLPIANVM l. I. §. 2. D. *de dolo mal.* intellexit, qui ipsam naturam *doli in clandestinis consiliis*, quibus quis alterum decipiat, consistere docuit, & *dolum*

^{a)} DIO CASSIVS lib. LII. pag. 532. in fin. edit. Henr. Stephani.

dolum malum esse dixit omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumueniendum, fallendum decipiendum alterum adhibitam. Quamuis enim in delictis iudicandis ad doli accusationem sufficiat solus animus nocendi, ut in homicidio dolo, in quo etiam aperto Marte pugnatur, & sine dissimulatione caput alterius petitur; tamen in civilibus negotiis fallaciam & occultam machinationem cum decipiendi studio maxime desideramus, ut quis de dolo teneatur. Et haecenus recte VLPIANVS ait, LABEONIS definitionem veram esse. Porro inter ipsa etiam delicta, quæ *insidiosa* dicuntur, grauiore animaduersione digna sunt. Refert enim in omnibus delictis, consilio, hoc est, inprimis *insidiosa machinatione*, an casu & impetu delictum sit admissum, l. 5. §. 2. & l. 11. §. 2. D. de poen. ut etiam in pubertati proximis aliquando *malitia suppleat ætatem*, & hi quoque ad pœnam trahi possint, si ex insidiis & machinationibus appareat. ipsos non per ætatis lubricæ imbecillitatem, sed *improbe*, & consilio nefario, inprimis *clandestino*, peccauisse. Eleganter illud architecti constitutionis Carolinæ, art. CLXIV. definiuerunt: Wenn die beschwerlichen Umstände so gefährlich, daß die Bosheit das Alter erfüllen möchte. Ex vocula enim *gefährlich*, quæ doli significationem continet, intelligitur, tunc maxime pœnas imminere impuberibus, si ex calliditate consilii cognoscatur, illos satis ad nequitiam sapere & gnauiter facinorosos esse.

Odiola igitur sunt delicta clandestina, quæ commodius, reguntur, & exemplo periculosa sunt, cum spe impunitatis plures inuitent ad peccandum. Certe facilius excusationem inueniunt, quæ aperta sunt, & nulla dissimulatione adhibita, longius a suspicione fraudis abesse iudicantur. Neque tamen quæuis occultatio rei gestæ notam delicti continet, sed hæc demum, quæ, ut PAVLLVS ait, cum *decipiendi & intercipiendi animo* coniuncta sit. l. 1. §. 2. D. de furt. Imo vero

Est & fideli tuta silentio
merces, b) — — —

cum & honesta consilia tamdiu tuta sint, quamdiu recta, ideoque nihil vitii occultatio contineat, nisi qua ius alterius interuvertere studemus. Apposite igitur CALISTRATVS noster in l. 3. §. 11. D. de iure fisc. quam explicandam proposuimus, respondit, quod *nemo se ipsum deferre cogatur* ob inuentio- nem fortuitam thesauri, nisi cum fiscus ex illo *partem capiat*, aut, quod generaliter *innoxia sit thesauri occultatio, nisi alterius ex iure perfecto inter-* sit, ut resciscat, detectum esse veterem thesaurum. Sed plerumque ex diligente & sollicita occultatione coniicimus aliquid monstri & fraudulentum consilii subesse.

Ne-

b) HORAT. III. od. II. vers. 25.

Neque tamen humano ingenio quidquam familiarius est, quam *occultatio lucri improuisi*, cuius cupiditate plures accensos esse intelligimus. Accedit hoc plerumque illis, qui *thesauros* inueniunt. Hi enim inopinato gaudio correpti & perturbati malunt *soli retinere* fortunæ liberalitatem, quam cum aliis illam communicare & dominum soli in partem thesauri admittere, quem fors & fortuita inuentio ipsis totum videtur tribuisse. Qua re cum dominium illius, qui fundi dominus est, & ad quem pars dimidia thesauri pertinet, clandestino consilio & occultatione nefaria interuertatur, iuste indignamur illis, qui parte sua contenti esse nolunt, & pluribus tanto cupidius inhiant, quanto plura, nullo ipsorum merito, ad eos peruenerunt. Sed plerumque suo se indicio produnt illi sorices, qui, cum praeter opinionem in diuitias incidunt, satis caute illas occultare nondum didicerunt, & incontinentia animi sublatis, quae diligentissime celare voluerant, facillime & inconsultissime factis suis detegunt. Sequuntur enim consilium NERVAE imperatoris, qui Attico cuidam, de thesauro a se inuento referenti, *vetere igitur inuento*, rescripsit, aut, si magnitudine thesauri superaris, etiam *abutere*, quia tuus est. c) Abutuntur, inquam, plerumque repentinis illis diuitiis, easque temere consumunt, aut ita certe illas collocant, ut in oculos incurrat subitarium illud incrementum facultatum. Qua propter, cum omnis nouitas suspecta sit, onerantur suspicione ista, quam CAROLVS V. illis ob stare ait, qui, magna conuersione rerum facta, cum pauperes fuissent, confestim insignes & pro modulo suo inuidiosas diuitias ostendunt. ord. crim. Art. XLIII. §. Wann ein mercklicher &c.

Sed, ut diximus *odiosa* est illa *occultatio*, quia sic facilius regitur perfidia, & proxime abest ab ipsa furri turpissimi infamia: excusatione tamen aliquando non caret, propter simplicitatem illorum hominum, qui, occasione oblata, cupiditati suae imperare non possunt. Nuper IAVOLENVS quidam, quod alio libello d) proposui, fabros, quos cellae reficiendae causa in domum suam induxerat, thesaurum inuenisse suspicatus, apud iudicem detulerat; & repertierat *partem dimidiam thesauri*. Icti Lipsienses fabros, occultationem confessos, pæna arbitraria coercendos, & partem dimidiam domino restituendam esse, responderunt. Sed hic quidem leuiteratione interposita, iam non dimidium, sed totum thesaurum sibi restitui volebat, inter alia hoc colore usus, quod *occultatores* thesauri furto se contaminauerint, ideoque merito omni fructu inuentionis exuantur. In quo argumento vtrum actor recte senserit, breuiter exponam.

§. II.

c) PHILOSTRATVS in vitis sophistarum lib. II. in Herode. præsidis de thesauro a mercenariis aut fabris inuento §. II.

d) vid. dissert.

§. II.

Igitur, ut de fabris & mercenariis, *thesaurum a se inuentum occultantibus*, certius constituamus, refert ante omnia inuestigare, *ad quem domini-
um thesauri pertineat*, quem contrectauerunt illi inuentores. Nimirum *thesauri domi-
no fundi et-
iam igno-
ranti sine
facto eius ac-
quiritur ita-
que occulta-
tio thesauri
inuenti pro-
xime ad fur-*
tium accedit; alio loco a nobis comprobatum est, & disputatione vix indiget, thesauri in
fundo alieno casu fortuito inuenti partem dimidiam domino fundi attribui,
alteram partem inuentoribus etiam fabris & mercenariis relinqui. Sed cum
utriusque iustum titulum acquirendæ partis dimidiæ habeant, inquirendum
est, utrum fundi dominus pariter atque inuentores partem dimidiam *ipso iure*
acquisiuisse censeantur, an *alio quodam facto* opus sit, ut dominium partis
dimidiæ ad dominum fundi atque inuentores transferatur.

Et de inuentore quidem, cum thesaurum *ἀθέσποτον*, id est, cuius do-
minus non apparet, quasi rem nullius, suum facere velit, dubitari non pot-
est, quin occupatione demum, id est, si *actu corporali* eum mouerit & ap-
prehenderit, suæ partis dominium acquirat. Neque enim sufficeret, si præ-
uiderit thesaurum, sed si ceperit, tetigerit, mouerit. arg. l. 3. §. 3. D. *de occupationem.*
acqu. vel amitt. poss. ^{e)} Hoc enim iure generaliter utimur in omnibus spe-
ciebus *occupationis*. l. 1. §. 1. l. 3. pr. D. *de acqu. rer. dom.* & §. 2. Inst.
de rer. diu.

Sed de domino soli difficilior disquisitio est, utrum ipso iure pars the-
sauri ad ipsum pertineat, atque etiam *ignoranti*, solo *beneficio loci*, acqui-
sita esse videatur. Illud quidem controuersiae locum non facit, quod domi-
nus soli thesaurum *non possideat*, quamuis fundi totius possessionem nactus
sit, quamdiu *nescit* thesaurum in fundo suo latitare, l. 44. pr. D. *de acqu.*
vel amitt. poss. Hoc etiam PAVLLVS docet l. 3. §. 3. *eod.* Neque enim
facile per alios nobis acquiritur possessio, nisi nostro iussu, aut certe nobis
scientibus, aut nostro nomine res apprehensa fuerit, l. 1. §. 19. & l. 9. D.
de acqu. vel amitt. poss. Igitur nec *mercenarius* fundi domino thesauri *ac-*
quisiuerit possessionem, nisi eo animo illum apprehenderit, ut domino soli
scienti possessionem partis dimidiæ acquireret.

Non igitur *possidet* thesaurum soli dominus, si *nesciat* thesaurum esse
in fundo suo. Sed de iure domini superest ut videamus. Et potest tentari,
an non *iure accessionis* fortuitæ dominium thesauri, qui in fundo eius latuit,
cum primum ille ab inuentore *detectus fuerit*, ipsi acquiratur. Ita enim,
ut sentiam, TRYPHONINVS me adducit, qui his fere verbis utitur; di-
midia pars *est* domini fundi, *pertinet* ad dominum fundi, *cedit* fundi domi-
no, l. 63. D. *de acqu. rer. dom.* quibus formulis plerumque *modus acqui-*
ren-

e) vid. GARTZOV. ad const. elect. Sax. LIII. part. II. def. VII.

rendi domini realis, qui nullum aliud factum desideret, significatur. Certe etiam IUSTINIANVS ait, HADRIANVM domino soli concessisse dimidiam partem thesauri, quem alius in eius solo inuenerit, & dimidium eius esse. §. 39. Inst. de rer. diu. Quæ verba sine dubio ad domini acquisitionem referuntur. Potest enim nobis, maxime *accessionis iure*, vt in alluione, coalitione, inædificatione, implantatione, satione, etiam ignorantibus dominium acquiri. l. 7. & 9. D. de acqu. rer. dom.

Inuentor igitur, cum primum thesaurum tetigerit & mouerit; partis suæ dominium obtinet *iure occupationis*, sed fundi dominus, simulac thesaurus ab inuentore detectus est, ipso iure accessionis, partem dimidiam acquirit. Quapropter, si inuentor partem dimidiam thesauri, etiam domino fundi inuito, retineat, nihil peccauerit, cum secundum GAIVM, qui iure suo utitur, nihil dolo fecisse iudicetur, l. 55. D. de reg. iur. Igitur operæ pretium est, vt dispiciamus, vtrum mercenarii & fabri, si thesaurum occasione laboris sui inuentum, totum occultauerint, furto se contaminasse censeantur. Ita quidem posset videri, cum rem alienam, id est, thesaurum pro parte dimidia domino fundi acquisitum, contrectent inuito domino *lucri faciendi causa*. Sed hanc esse naturam furti omnes profitentur, vt illud contrectatione dolosa rei alienæ inuito domino *lucri causa* committatur. Imo vero abscisse LEO in nou. Leon. 51. illum, qui thesaurum in loco alterius a se inuentum vel totum, vel partem eius occultauerit, improbum & malitiosum rerum alienarum occultatorem & furem appellauit, ideoque occultatorem thesauri parte dimidia, quæ aliis inuentoribus tribuitur, exclusit, totum thesaurum fundi domino reliquit.

Quid multa? Audiamus CALISTRATVM, qui l. 3. §. II. D. de iure fisc. inuentorem thesauri, cuius pars ad fiscum pertineat, si eum occultauerit, totum cum altero tanto fisco iussit restituere, vt occultator ille, quasi furti nec manifesti reus, non solum parte sua exuendus, sed etiam *dupli poena* afficiendus esse videatur.

§. III.

Inuentor est Habes, quæ contra occultatores thesauri in fundo alieno per occasionem condominii nem operarum inuenti, inprimis contra fabros & mercenarios dici possent, thesauri a se vt furto se contaminasse & beneficio inuentionis, id est, parte dimidia thesauri a se inuenti excidisse viderentur. Sed multa omnino argumenta efficiunt, vt credam, furti proprie sic dicti reos non esse inuentores illos, qui totum thesaurum occultauerint, & partem etiam retinuerint, quæ ad dominum soli pertineret. Primum enim illud expeditum est, si inuentores non intercipiendi animo, sed alia ex causa totum thesaurum retinuerint, illos, se.

secundum PAVLLVM, furti actione conueniri non posse, l. 1. §. 2. D. de domesticis, furt. Imo vero qui depositum abnegat, quod grauius videtur, si non interceptiendi animo hoc fecerit, furti non tenetur. d. l. 1. §. 2. D. de furt. <sup>adeoque poe-
na furti or-
dinaria iure
communi</sup>

Sed faciamus, etiam interceptiendi animo thesaurum a mercenariis occultatum esse, tamen, quia domestici sunt, furti actione non tenebuntur. <sup>non tenen-
tur. Qui alie-
nam posses-
sionem non
inuadit, leui-
us delinquit.</sup> Aperte enim idem PAVLLVS noster alio loco negat, furti actionem nasci, si MERCENARIVS, aut quicumque alius, qui a nobis conductus, dum apud nos degeret & nobis cum versaretur, aliquid subtraxerit, l. 89. D. de furt. <sup>Pertinet ad
ius subtile
non vero ad
aequitatem</sup> Huius rei rationem adducit MARCIANVS l. 11. §. 1. D. de poenis, ^{us delinquit.} qui omnes mercenarios apud nos degentes, & omnes, qui operas suas nobis locauerint, domesticos esse ait, ideoque, si quid interceperint, publice & poena ordinaria illud non vindicandum esse docet. d. l. 11. §. 1. de poen. ^{aequitatem}

Si igitur iuri communi & legum romanarum praecipis simpliciter obsequimur, fabros & mercenarios, quippe domesticos, non ut fures communes, sed benignius tractabimus, siue civili actione, siue criminali persecutione, ob furta domestica experiamur. Sed & aliud grauius argumentum in hac specie fabris & mercenariis proderit ad furti actionem civilem & criminalem persecutionem subterfugiendam, quamuis thesaurum a se inuen-

tum occultauerint hoc animo, ut illum totum interciperent. Nimirum supra §. 11. comprobauimus, dimidiam partem thesauri, a mercenariis aut fabris fortuito inuenti, ad inuentores, alteram partem ad fundi dominum, sed ad utrosque iure dominii perfecti, pertinere. Quae cum ita sint, apparet, fabros illos, postquam veterem istam depositionem detexerint, esse condominos thesauri. Sed omnes illi, quos qualiscunque societas & communio rerum nostrarum quasi condominos fecerit, secundum NERVAM & CASSIVM, ne quidem furtum facere intelliguntur, aut si furtum faciunt & nobis aliquid surripiunt, iuxta PROCVLVM & SABINVM, furti tamen actione non tenentur, quod & IULIANVS & PAVLLVS rectissime probauerunt, l. 1. D. rer. amot. Igitur condominii iure tuti sunt occultatores illi thesaurorum, quos ipsi in fundo alieno inuenerunt, ut neque actione furti famosa pulsari, neque in criminali persecutione poena ordinaria furtorum affici omnino posse videantur. Sed neque illud negligendum est in poena occultationis illicitae constituenda, quod dominus fundi ne possideat quidem partem dimidiam thesauri, quem nescit defossum in fundo suo detineri. Hoc enim supra docui ex lege 3. §. 3. D. de acq. vel amitt. possess. Itaque possessionem alienam non inuasit faber aut mercenarius, qui, dum parietem deiiceret aut terram foderet, thesaurum inuenit & retinuit & non derexit fortuitam inuentionem. Iam vero, qui in alienam possessionem non inuadunt, sed rem fortuito deprehensam aut sibi etiam commissam subripiunt, si propriam furti significationem sequamur, non tam furantur, quam potius

rebus ad se delatis *abutuntur*. Certe hic *abusus*, nisi legibus provincialibus, ut in electoratu Saxoniae, aliud in quibusdam speciebus constitutum fuerit, aut nisi magna perfidia appareat, ut in administratoribus iurisiurandi vinculo obstrictis, nunquam poena ordinaria subinde coercetur. De hoc autem argumento deinceps locus erit exponendi.

Denique, ne quid omittamus, furtum certe *sine dolo malo* & sine affectu & animo furandi non committitur. §. 7. Inst. de obl. quæ ex delict. nasc. Potest autem accidere, ut quis thesaurum *probabili opinione* ad solum inuentorem pertinere existimet, adeoque *per ignorantiam iuris subtilis totum retineat thesaurum*. Hanc enim legis dispositionem, quod domino fundi pars dimidia thesauri restituenda sit, ex iure subtili & arbitrario, non vero ex lege naturali, quam nemo ignorare debet, descendere, alio loco *f)* comprobauimus. Quæ vero per iuris non naturalis, sed arbitrarii & subtilis ignorantiam commissa sunt, doli suspicionem in mercenariis & hominibus simplicioribus excludunt. Et potuisset profecto faber aut mercenarius pro simplicitate humani ingenii facilius in illam opinionem delabi, thesaurum ἀθέσποτον, qui nullius fuerit, *inuentoris esse*; cum dominus, qui illum deposuit, & iam pridem periit atque ignotus est, de re sibi ablata ingemiscere non possit.

§. IV.

Delicta quæ honestum initium habuerunt minus puniuntur, occultator thesauri tantum delinquit in parte dimidia quæ ad dominum fundi pertinet, poena dupli & iactura odiosa est. Lex 13. §. 11. *De iure fisci strictam interpretationem desiderat.*

Intelligimus igitur, vix locum esse dubitationi, quin aliter de furibus, aliter de occultatoribus thesauri, ex iuris communis formula constituendum sit, si de poena criminali *odiosæ occultationis* disquiratur. Sed res illa minus habebit difficultatis, si cogitaueris, in plerisque delictis, quæ *honestum initium* habuerunt, de quibus proxime ex instituto diligentius tractabo, in plerisque, inquam, eiusmodi delictis excusatius, aut certe exemplo non tam periculoso, peccari quam si quis data opera & sola improbitate sua ad ductus accesserit ad delinquendum. Hæc enim delicta, quæ *honestum initium* habuerunt, plerumque *excessum* duntaxat in negotio per se innoxio commissum, aut *abusum rei innoxie* continent, a quo proba quoque ingenia non semper sibi satis cauere didicerunt, cum etiam in recte susceptis mul- ti interdum, incontinentia animi, aut leuitate, aut errore aliquo seducti in factum illicitum subinde delabantur.

Sed thesauri inuenti quidem *occultatio* sequitur *inventionem fortuitam*, quæ per se *honestæ est*, & *præmio* etiam *digna* iudicatur. At vero hæc improuisa & iucunditatis plenissima opportunitas, quam facile decipiet hominem pauperem, ut in tanta rerum suarum conuersione, aut credat, aut certe malit thesaurum ad se totum pertinere. Non ineleganter glossator spe-

f) vid. dissertat. præsidis de thesaur. a mercenariis aut fabris inuento §. III.

speculi Saxonici hæc delicta describit: Der Anfang ist ehrlich, aber her^{rat. Nouella} nach wird es diebisch, wenn jemand etwas nicht diebisch, sondern mit Ehren^{Leonina si.} an sich nimmt, ob er es vielleicht gefunden hat, aber dasselbige hernach ver^{non recepta} leugnet. Dann die Verleugnen ist dem Diebstahl nicht fast un^{esse dicitur,} gleich ^{certe digna} 2. Aber diese Dieberey gehet keinen an den Hals, sondern auf^{est quæ in} Geld, Busse g) ^{forum reci-}

Non longe igitur abest a furti nota thesauri occultatio: quia autem^{piatur. Inue-} honestum initium habuit *iure furti proprie sic dicti* & *eximii* non censetur.^{stigatio} Imo si auctori speculi Saxonici fides est, ne *infamiae* quidem nota contrahi^{quantitatis} tur delictis illis, quæ *initium honestum* habuerunt, dergleichen Diebstahl hat^{occultate} er daran nicht gethan, der ihm an seine Ehre, oder an seinen Leib, oder^{per tormen-} an seine Glieder gehet. 2. l. R. 29. Non tamen hoc de omnibus illis de^{ta cum ma-} lictis, quæ ab honesto initio profecta sunt, & in sola abnegatione & oc^{gna cautio-} cultatione consistunt, affirmare audeam. Nam & actio *depositi famosa* est, ^{ne decernen-} si aduersus occultantem & inficiantem *ob dolum* in iudicio instituitur, quam-^{da est.} uis *depositum sit honestissimus* contractus, in quo tamen nota perfidiæ & igno-
miniae se contaminat, qui depositum negat & occultat animo illud lucrandi
& intercipiendi. l. 1. §. 2. D. de furt.

Vtunque vero hæc existimata fuerint, certe plerumque aliquam excu-
sationem inuenit, qui ab initio honesto delabitur in speciem aliquam delicti.
Itaque, vt ex diuerticulo ad occultatores thesaurorum reuertamur, hi qui-
dem, quia honesto titulo inuentionis thesaurum occupauerunt, mitius, quam
fures tractandi sunt. Sed in primis expediendum est, an præmio inuentio-
nis, id est, parte dimidia thesauri excidant propter dedecus in occultatione
a se admissum, *ne ex delicto suo locupletiores fiant*, ex quo etiam poenam
meriti fuissent. Apposite enim *VLPIANVS* prohibet, *ne quis ex delicto*
suo meliorem suam conditionem faciat. l. 134. §. 1. D. de reg. iur. Nimi-
rum, ne quid dissimulem, *delinquant* quidem thesauri inuectores, qui il-
lum totum retinent & occultant fortuitam inuentionem. Neque tamen in
hac causâ iudicanda negligendum est, quod illi quidem, dum partem dimi-
diam inuentoribus debitam retinent, *iure suo utantur*, & nihil illiciti ad-
mittant, sed in altera duntaxat parte dimidia, quæ ad dominum fundi per-
tinet, delinquant, dum illam occultant animo intercipiendi. Itaque hanc qui-
dem postremam partem domino fundi restituere tenentur, ne meliorem
conditionem faciant ex delicto suo. Verum enim vero *utile per inutile non*
vitatur, neque tota res viti aliquid concipit, quamuis in parte quadam in-
teruenerit aliquid iniquitatis. In parte autem dimidia, quæ inuentoribus de-
betur, nihil delicti admissum est. Neque recte dicitur, occultatores, cum
suam partem retinent, ex delicto locupletiores fieri, cum eam ex liberalitate

Q 3

for-

g) glossa Germanica ad 2. l. R. art. XXX, II.

fortunæ inuentionis beneficio lucrentur. Quæ cum ita sint, nulla inueniri potest causa idonea, quæ iudicem permoueat, ut occultatoribus thesauri partem dimidiam eripiat, quam leges ipsis propter opportunitatem inuentionis tribuerunt. Generaliter enim neminem *iactura & ablatione* rei suæ, quam iure propitio acquisiuit, plectere solemus, nisi nominatim lex expressa præceperit, ut quis odiosa poena iacturæ propter factum illicitum coerceatur. Quapropter l. 3. §. 11. D. *de iur. fisc.* quæ occultatoribus *totum thesaurum* adimit, illumque cum altero tanto restituendum esse præcipit, *strictam interpretationem* desiderat, atque ad solam hanc speciem referenda est, si quis thesaurum occultauerit, *ex quo pars quædam fisco debeatur*. Multa enim, *fauore fisci*, constituta sunt, quæ ad priuatos interpretatione proferri nequeunt. Multa etiam durius puniuntur propter odium illorum, qui aliquid in fraudem fisci moliti sunt, quæ mitiori poena coerceri possunt, si quis non fisco, sed homini priuato, fraudem fecisse videatur.

Parte igitur dimidia inuentor non mulctabitur, qui thesaurum in fundo hominis priuati inuentum occultauerit, cum nulla lege expressa generaliter hanc poenam constitutam videamus. Ita enim sine hæsitatione responderem, nisi *nouella Leonina* 51. in mentem veniret. Hæc vero luculenter omnes illos, qui thesaurum a se inuentum occultauerint, *fures* appellat & præmio inuentionis, id est, parte dimidia exuendos esse præcipit. Illa autem, ut pleræque *Leoninæ*, in foro *non recepta* esse dicitur. Quare, in primis in poenali causa, mitiorem sententiam sequimur. Propter odium tamen occultationis & delicti, quod sæpe committitur, raro detegitur, prouidentissimo consilio vsi videntur legislatores illi, qui hanc *nouellam Leonis* in usum reuocarunt, utque occultatores præmio inuentionis parte dimidia excludantur, exemplo *LEONIS*, in suis prouinciis constituerunt.

Habes iam omnia, opinor. Neque igitur obscura erit ratio, qua commotus ordo noster in specie illa, quam supra §. I. in fine adduximus, confirmauerit sententiam Ictorum Lipsiensium hac fere formula conceptam: *Daß Beklagter die Helfte des gefundenen alten Geldes Klägern vermittelst endlicher Specification zu erstatten schuldig, und wird er im übrigen der gestandenen Verheimlichung halber - Wochen lang mit Gefängniß, oder um .N. Schocke billig bestraft, sowohl zu Bezahlung der aufgelauffenen Gerichts-Expensen gebührend angehalten.* B. R. W.

Dimidiam igitur partem domino fundi restituet thesauri a se inuenti occultator. Sed quomodo quantitatem thesauro occultato comprehensam exquiremus? ut pars dimidia domino restituatur. An soli affirmationi occultatoris fidem accommodabimus, si postea indicauerit certam quantitatem? Esset locus dubitationi propter perfidiam occultatoris, quæ fidem eius conuellit & suffocat. Sed in *re obscura*, quæ sine testibus administrata est, vix
sup

suppetit aliud consilium veritatis exquirendae, quam vt iureiurando inuentoris quantitas definiatur. CARPZOVIVS quidem cum plerisque aliis, qui eum secuti sunt, *tormenta* etiam admittit. ^{h)} Sed noli in re dubia ad tormenta properare, nisi magna perfidia in re obscura luculentis indiciis prodatur. Recte enim constitutio Leonina §1. reprehendit seueritatem superiorum temporum, quae thesaurorum inuentores *acerbis examinationibus* subiecit, eaque re effecit, vt etiam isti, qui thesauros inuenerint, illos negligerent & protrahere non auderent, ne ipsi in summas & intolerabiles difficultates delaberentur. CALPURNIVS ⁱ⁾ certe, qui sub CARO imperatore vixit, ad notam pessimorum temporum retulit, si

— — damnatos metuat iactare ligones
Fossor, — —

& timeat,

— — vt nuper, dum iugera versat, arator,
Ne sonet offenso contraria vomere massa.

Publice vero interest, ne inuentores deterreantur a thesauris protrahendis, cum hi vel odio digni vel certe inutiles sint, quamdiu terra absconduntur.

Possset defendi dominum fundi etiam ad iuramentum in litem admittendum esse, quo certa quantitas definiretur. Solemus enim, etiam in actionibus realibus contra reos dolo contaminatos huic iuramento locum dare. l. 2. & §. D. *de in lit. iurand.* Sed durum est fundi dominum de re vetusta & *sibi prorsus incognita* aliquid iureiurando affirmare.

^{h)} CARPZ. qu. crim. LXXXVI. P. II. n. 25. ⁱ⁾ CALPURNIVS eclog. IV. vers. 117. seqq. apud MARQVARDVM FREHERVM lib. I. verisim. cap. IV. in thesauro OTTONIS tom. V. pag. 866.



THESES IURIDICAE
DE
IURE OPTIONIS
MAXIME
IN DEBITIS ALTERNATIVIS.

VITEMBERGAE, DIE III. SEPTEMBRIS A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXIX.

§. I.

Optio continet libertatem in *legato generis* etiam *optimum* eligendi, & *expresse* legatario relinqui solet quibuscunque verbis, modo adpareat testatorem libero legatarii arbitrio rem permisisse, *l. 9. ff. 1. D. de dolo malo. CARPZ. decis. 300. n. 26. LVDWELL. ad ff. 22. inst. de leg. n. 5. & 6.* Neque obstat *l. 206. D. de verb. obl. l. 2. & 8. C. de resc. vend.* vid. tamen WEHNERI *obseru. pract. voce: Dienst, p. 85. eiusdemque singular. obseru. centur. III. obseru. XXIII.* Ipsum etiam *optimum* fortassis ab optando dicitur, quia sapientes plerumque illud optant, quo melius non exstat. FESTVS voce: *optio.*

§. II.

Electio tacite relinquitur, si nec persona, quæ eligere debeat, *expresse* nominatur, neque tamen definitur corpus & obiectum indiuiduale, quod ad alterum peruenire debeat. Tunc vero videtur testator neque heredem nimis onerare voluisse, & modestiæ legatarii confusus esse. Quapropter hic quidem eligit, sed *optimum* eligere non potest, *l. 37. pr. D. de leg. 1. & l. 3. ff. 1. C. commun. de legat.* Interdum etiam in negotiis inter vivos electio datur creditori, plerumque domino iurisdictionis, cui decimæ ex foetu pecudum debentur, hac formula: *proximum ab optimo*, Eins nach dem besten, quo casu debitor vnum caput excipit, deinde creditor libere eligit.

§. III.

In *debitis alternatiuis* electio est debitoris, quia creditoris, qui alternative stipulatus est, non interesse censetur, vtra obligatio impleatur. *l. 2. ff. 3. D. de eo, quod certo loco, & l. 106. D. de verb. oblig.*

§. IV.

§. IV.

In *poenis arbitrariis* alternatiue definitis electio est iudicis, qua poena alterum adficere velit. Hoc enim fine & consilio poenæ arbitrariæ constituuntur, ut & corrigatur reus, & exemplo prospiciatur. Itaque non reus, sed iudex, æstimare debet, quod genus poenæ efficacissimum sit ad ingenium rei & reliquorum ciuium, qui exemplo deterrendi sunt ab imitatione delicti. *l. 16. §. 3. D. de poenis, l. 4. §. 1. D. de incend. ruin. GAIL. II. obseruat. cameral. 84. n. 12.*

§. V.

Si tamen manifesta sit iudicis improbitas in eligendo poenæ genere, & hic non coercendi sed perdendi rei causa, iracundia & feruore animi elatus, illud eligat, quod reo maxime nociturum est, ut puta, si reum honestæ conditionis, & qui auctoritate aliqua ad munus suum obeundum indiget, carcere punire malit, quam multa alternatiue dictata; tunc potest reus quidem ad iudicem superiorem confugere, ut electio corrigatur. Neque tamen facile præsumitur improbitas iudicis, nisi illa ex circumstantiis luculenter adpareat. *l. 13. §. 1. & 6. D. de iniuriis, l. 2. C. de offic. ciuil iudic. ALCIATVS de præsumt. regul. III. præf. 9.*

§. VI.

Si obligationi *ad factum* præstandum adiecta sit *poena conuentionalis*, naturali ratione electio est debitoris, utrum malit factum præstare, an poenam soluere. Hoc adparet ex formula: *si aduersus ea factum fuerit, tot aureos poenæ nomine dabo.* His enim verbis arbitrio debitoris res permittitur §. 7. *Inst. de verb. oblig.* Hæc sententia etiam, quod ad poenas conuentionales venditionibus adiectas attinet, in electoratu Saxoniae recepta est, *decis. elect. nouiss. 16. de anno 1746.* Ob und wie lange man, wenn ein Neu-Kauff geschehet, poenitiren könne. Neque obstat *ord. process. recogn. Sax. tit. XXXIX. §. 2.* Dissentit tamen *de BERGER oecon. iur. lib. III. tit. I. §. 4. n. 4.*

§. VII.

Poena *conuentionalis*, contractui adiecta, est debitum mere ciuile, ideoque, si poena commissa fuerit a defuncto, actio ex contractu simpliciter aduersus heredes datur ad poenam exsoluendam, quamuis lis cum defuncto nondum coepta fuerit, §. 7. *Inst. de verb. oblig. l. 47. D. de act. emt. vendit.*

§. VIII.

Pluribus *poenis conuentionalibus*, contractui alternatiue adiectis, electio est debitoris, quia in debitis mere ciuilibus in fauorem debitoris formula alternatiuæ obligationis concepta esse creditur *d. l. 106. de verb. oblig.*

§. IX

Portio *statutaria* coniugum est *species legitimæ hereditatis nou. 117. cap. 5.* Hinc iure communi vltima voluntate alterius coniugis non magis, quam ipsa legitima portio parentum & liberorum, imminui, aut onerari potest, quod & in electoratu Saxoniae receptum. *const. VII. p. III.*

§. X.

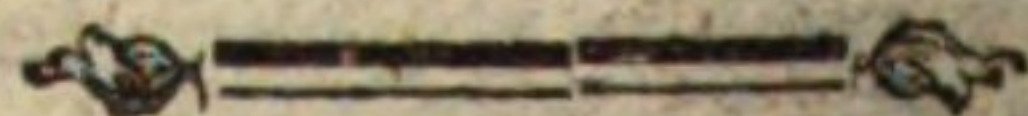
Debitum, si creditor debitoris heres fiat, *confusione* tollitur, sed tantum pro rata portionis hereditariæ: vt puta, heres debitoris ex tertia parte, non nisi tertiam partem crediti sui amittit, *l. 6. C. fam. ercisc.* nisi cum beneficio inuentarii succedat. *l. 22. §. 9. C. de iur. delib.* Ex quo adpareret, quod, si analogiam iuris civilis sequeremur, portione *statutaria* vxori viduæ assignata, dos in rebus fungibilibus consistens, & bona illata non tota absorberentur, sed tantum pro rata portionis *statutariæ*: vt puta, si vxor tertiam partem ex bonis mariti lucraretur, illa tertiam partem rerum fungibilium, quas dotis vel paraphernalium nomine marito attulit, amitteret, duas vero tertias a reliquis mariti heredibus repetere posset; fundi autem dotalis & reliquorum corporum illatorum, quæ adhuc exstant, dominium pleno iure ad ipsam sine præiudicio portionis *statutariæ* reuerteretur. *l. 6. C. fam. ercisc.* vid. MAFTH. COLER. *p. I. decis. LXI. p. 49.* Iure Saxonico electorali collatio omnium bonorum illatorum necessaria est, si vxor vidua ex bonis mariti portionem *statutariam* petat. *const. elect. XX. p. III.*

§. XI.

Quia portio *statutaria* est *species hereditatis*, ad quam adeundam extraneus cogi non potest; hinc iure communi vxoris est electio, bonis suis collatis marito succedere, an illata sua repetere velit, quod lege Saxonica electorali expresse confirmatum *d. const. elect. XX. p. III.*

§. XII.

Si certum quid *statuto locali* vel consuetudine definitum est, quod vxoribus ex bonis maritorum defunctorum debeatur, in Saxonia electorali nulla est vxoris *optio*, nec potest vxor illata repetere, sed sola portione definita omnino contenta esse debet. Vid. *rescript. decisiu. de anno 1606. in cod. Aug. p. I. p. 166.* In hac igitur specie coniux superstes eatenus *iure heredis necessarij* censetur, vt sua repetere non possit, si cum liberis defuncti duntaxat concurrat, vt nequidem ius abstinendi ab hereditate mariti aut repudiandi portionem *statutarium* ipsi relinquatur. Sed, si cum creditoribus mariti litiget, suum repetere non prohibetur.



LXXII.

OBSERVATIONES

DE

DE DELICTIS
 QVIBVS HONESTVM INITIVM
 FVIT.

AD L. VI. PR. D. DE ADQVIR. VEL AMITT. POSSESS.

VITEMBERGAE, DIE XX. SEPTEMBRIS A. Q. S. P. EST CIO IO CC XXXIX.

*L. VI. Pr. D. de adquir. vel amitt. possessione
 VLPIANVS lib. LXX. ad edictum.*

Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controuersiam facturum suspicabatur, & ne faceret, timebat. Is autem, qui, cum possideret non clam, se celauit, in ea causa est, ut non videntur clam possidere. Non enim ratio obtinendæ possessionis, sed ORIGO NANCISCENDÆ exquirenda est.

§. I

In omni natura, si MARCVM TVLLIVM audiamus, necesse est, *Coepta perfici* absolui aliquid & perfici: a) neque magnam laudem tribuimus facinoribus *scere constanter* feroculorum hominum, qui multa *præclare inchoata*, nondum plane *per-*fecta, *deserunt*, b) & spem quidem magnæ utilitatis ostendunt e longinquo, *perseuerantia in dolo,* sed fructum leuitate sua & inconstantia intercipiunt, ut lusisse genus huma- *peruicacia.* num, non vero bene meriti de republica, neque societati communi omnium *Foedum in-* bonorum profuisse, videantur. Imo vero *ceptu foe-* dum exitu

Coepta tene, quæso, nec in æquore desere nauem. c)

R 2

Non nitur, in de-

a) CIC. de nat. Deor. lib. II. cap. XIII. id. de finib. lib. IV. cap. XIII. b) Id. de claris orat. cap. XXXIII. id. qu. acad. lib. I. cap. V. c) OVID. II. de ponto eleg. VII. v. 83.

*lietis inbo-
nefte coeptis
ne quidem
excusatio
erroris pro-
dest.*

Non enim opprobrio caret illud PVELII OVIDII NASONIS: d)

*Coepisti melius, quam desinis, vltima primis
Cedunt. — — —*

Nimirum inutiles sunt & reipublicæ molesti, quos, cum multa *recte incho-*
uerint,

Pertasum magni incepti — — est, e)

quod ÆNEAS sociis suis cum indignatione iustissima obiecit. Etiam fures & latrones interdum excitantur quibusdam igniculis, & sentiunt bonæ mentis reliquias, quas nondum prorsus suffocarunt, ideoque incidunt in cogitationem magni atque insignis ad laudem facinoris. Multi *conantur* etiam destinata efficere & moliantur aliquid, quod communi congratulatione dignum censerī possit; sed, vel reuiuiscēte improbitate sua mox ad ingenium suum redeunt, & bene merendi consilium dimittunt, vel *impatientia laboris* & periculi grauitate deterrentur, vel ipso *successu* corrumpuntur & incautiores fiunt, vel *occasione sceleris oblata* in transuersum rapiuntur, f) vel *fragilitate animi* decepti ab illis, quæ bene inchoata erant, quamuis non perfecta sint, & ab omni bonæ mentis officio discedunt. Hi quidem certe publice priuatimque perniciosi sunt, & cum passere illo CATVLLI g) modo huc modo illuc circumfiliunt, rempublicam perturbant, insigni conatu nihil agunt, spem & expectationem bonorum, magno hiatu nihil dignum proferentes, h) suspensam tenent & decipiunt. Istis ardelionibus PAPINIANVS noster indignatur, qui negat, *consilium mutari posse* in alterius iniuriam, l. 75. D. ed reg. iur. ideoque eos damnat, qui bene coepta vel deferunt, vel in alterius perniciem conuertunt. PAVLLVS etiam & VLPIANVS ne quidem iudici permittunt, vt mutet sententiam, quam dixit, cum semel functus sit officio, sed supplere tamen illum iubent, si quid sententiæ deesse videatur, vt plenior illius rei fructus ad partes litigantes peruenire possit, l. 42. & 55. D. de re iudic. multo minus idem PAVLLVS in priuatis ferre potest, vt bene coepta corrumpant, aut *causam possessionis* sibi mutant in alterius præiudicium, sed *originem* spectari iubet, ne *honestum negotium in fraudem innocentis* conuertatur l. 3. §. 19. D. de acquir. vel amitt. possess.

Enim vero, quæ quis ab initio ostendit, quod M. TVLLIVS ait, hæc ab ipso etiam facienda atque *ad exitum* augenda cumulanda sunt, vt veram laudem consequatur: i) neque solum perspicendum est, *quid generatur*, sed quid *cursus rerum & exitus* exigat. k) Ab hac demum virtute &

per-

d) OVID. epist. IX. v. 23.

e) VIRG. V. Aeneid. v. 714.

f) TACIT.

XII. annal. cap. LXVI. CIC. pro l. Manil. cap. II. in fin.

g) CATVLLVS

carm. III. v. 8.

h) HORAT. de art. poet. v. 138.

i) CICER. XIII.

epist. XLI.

k) Id. IV. epist. II.

perseuerantia atque circumspectione proficiscuntur magna illa facinora in illustri monumento posita, in quæ intuearis, quod T. LIVIVS ^{l)} præcipit, vnde tibi tuæque reipublicæ capias, quod initeris. Ad magna enim illa ingenia, quæ in honeste coeptis perseuerant, pertinet illud M. TVLLI: *ut sementem feceris, ita & metes*, ^{m)} ut ex præclare inchoatis honestissimos exitus sperare possint.

Igitur, qui ab honeste coeptis discedunt, & in vitium quoddam delabuntur, non quidem ferendi, sed reprehensione etiam graui aliquando digni sunt, interdum tamen excusationem inueniunt, & veniam leuitatis atque *inconstantiae* merentur, quod deinceps apparebit. Certe, qui *in honesto negotio* subinde deficiunt, & ingenuæ mentis notam produnt, ideoque spem emendationis in posterum ostendunt, mitius plerumque tractandi sunt, quam qui *ab initio, data opera*, animo nocendi, cum apparatu quodam accedunt ad delinquendum, aut e longinquo aliud machinantur in caput innocentium, & priusquam destinata perfecerint, quiescere non possunt. Hæc sunt illa *foeda inceptu, foeda exitu*, ⁿ⁾ quæ cum auersatione bonorum omnium coniuncta sunt, & tanto maiorem turpitudinem continent, quanta plura mali exempli facinora ab his, qui ita animati sunt, metuimus, & quanto illi pertinacius in improbe coeptis perseuerant. Hæc est illa *in re praua peruicacia* in priscis Germanis, a CORNELIO TACITO notata, ^{o)} quam ipsi fidem ac constantiam appellabant. In his enim, quæ *turpiter & minus honeste* coepta sunt neque imbecillitas humani ingenii, neque alius quicunque titulus, improbitatem facinoris facile excusat. Audiamus PAVLLVM, qui ne *erroris* quidem *titulum* admittit in his negotiis, quæ *ab initio, delinquendi animo*, suscepta sunt. Ideoque, qui me pugno cecidit, cum Lucium Seium caedere pugno voluisset, quamuis in persona *errauerit*, tamen mihi iniuriarum actione tenebitur, quia constat, illum *iniuriam facere* omnino *voluisse*, l. 18. §. 3. D. de iniuriis. Sed multo mitius de illo, qui honeste coepit, VLPPIANVS iudicauit, ipsumque absoluendum esse censuit, qui, cum seruum suum caedere veller, hominem liberum cecidit, adeoque in re licita, *errore* quodam *probabili* deceptus, damnum dedit innocenti, l. 3. §. 4. D. de iniur. Contra vero ALFENVS noster, illum qui factum *illicitum* inhoneste *susceperit*, & *praeter opinionem* in exequendo facinore, cuiquam damnum dederit, nulla excusatione adiuuari ait l. 52. §. 1. D. ad l. Aquil. Recte igitur MARCIANVS delicta, quæ *consilio improbo* suscepta sint, ab his seiangit, in quibus *impetu* aut *casu* aliquo peccetur l. 11. §. 2. D. de poenis & secundum VLPPIANVM refert etiam in maioribus delictis, *consulto* aliquid admissum sit, an *impetu & casu*, ut vel *poena iusta*

R 3

eligi

l) LIV. in præf. oper.
in præfat. oper.

m) CIC. de nat. Deor. lib. II. cap. LXV.
o) CORN. TACIT. de morib. German. cap. XXIV.

n) LIV.

eligi possit, vel *temperamentum* admittatur l. 5. §. 2. D. *de poenis*. Hoc perspexit CAROLVS V. Imperator, qui homicidium *insidiosum* & deliberatum eine fürseßliche muchwillige Mordthat rota expiari iussit, sed homicidam, qui *laceffitus* aggressorem occiderit, capite mulctauit *ordin. crim Carol. art. 137.*

Apparet igitur, eum, qui data opera & deliberato animo contra legem prohibentem peccauerit, & *inhoneste coeptum inhoneste* perfecit, turpiore nota delinquere, sed miseratione digniores esse, qui *in honesto* negotio versati aliquando sublapsi sunt, & ipsa *occasione*, rerumque suarum *successu* seducti, ab officio suo discesserunt. In primis autem in his, quae *inhoneste coepta* sunt, *perseueratio*, & illa, quam antea notauimus, *peruicacia* grauissime punitur, si quis etiam admonitus & reuocatus perstiterit in consilio nocendi. Eleganter enim PAVLLVS, quicquid in calore iracundiæ vel fit vel dicitur, non prius ratum esse, ait, quam si *perseuerantia* appareat, *iudicium animi fuisse* l. 48. D. *de reg. iur.* Ex isto fonte deducitur, quod illos, qui in *tumultibus* & grassationibus a magistratu admoniti ad frugem non redierint, ex serenissimi legislatoris Saxonis auctoritate poena ordinaria gladii adficiamus, p) & fures, qui, exposita spe poenæ mitigandæ, furtum pertinaciter negauerint, quasi insanabilia ingenia ultore laqueo plerumque puniamus, q)

§. II.

Honestum Accepisti, quantum referat, a quo initio res profecta sit, & quid inter initium ex constantiam & perficaciam discriminis intersit, si vel *honeste* coepta perfici- animo iudi- mus, vel *improbe* inchoata improbius ad finem perducuntur. catur, euen- Indignamur tamen etiam, ut diximus, *probis* ingeniis, quæ *honeste* zus tristis ho- *nefti negotiicoepta* deserunt, & cum *præclare* rem inchoauerint, postea deficiunt, atque non est deli- etiam in rectissimis negotiis aliquod dedecus admittunt. Hæc enim animi leui- Etum, etiam tas & fragilitas efficit, ut, quæ antea quidem laude aliqua non indigna vide- in cuilibus bantur, *degenerent in speciem aliquam delicti*. Res erit loculentior, si con- causis non stituerimus, quæ sint illa *delicta*, quæ ab *honesto initio profecta esse iudicen-* exitus sed- initium spe- tur. Sed *honestum* quidem hoc loco dicimus, non solum quod *laudem* aliquam Etatur ut in præcipuam meretur, atque a virtute & occultis quibusdam viribus, præter usucapione consuetudinem reliquorum, proficiscitur; sed etiam omne illud, quod *iure* negotiis ge- propitio & permittente suscipitur, atque ad *utilitatem* quandam comparatum stis & posses- est: cum quælibet res tanto esse *honestior* censeatur, quanto *maior* & *ravior* sione, est illa *utilitas*, cuius pariendæ causa negotium susceptum est. Ita certe Labeo *honestiores* appellat, vel qui sint vitæ emendatioris, vel qui dignitate excel-

p) Mandat wider das Auslauffen und Tumultuiren im Lande de dato Dresden am 2. Iul. Anno 1726. q) Rescriptum de dato Dresden am 6. Decemb. Anno 1741.

excellant, illosque humilibus & vilioribus personis, ut luxuriosis & prodigis, opponit, l. 11. §. 1. D. *de dolo malo*. Si quis igitur depositum custodiendum acceperit, aut rem in propatulo inuentam sustulerit, aut magistratus in facinorosos animaduvertere coeperit, aut priuatus sui corporis defendendi causa vim aggressori fecerit, rem ab *initio honesto* profectam esse dicimus; cum ad aliorum utilitatem pertineat, si quis rem sibi commodatam aut apud se depositam suscipit, aut tollit rem inuentam, ne illa pereat, aut si magistratu officio fungitur, aut si quis vitæ suæ tuendæ causa vim vi repellere studet, quod non solum naturali ratione permissum esse, GAIUS ait, l. 4. pr. D. *ad l. Aquil.* sed M. TVLLIVS ^{r)} etiam ita necessarium iudicat, ut, qui se ipsum non defenderet, pariter peccaret, quam qui parentes, aut patriam, aut socios deserunt.

Vides, quibus negotiis honestum initium esse videatur. Sed in his quidem, si quid postea vel *dolo* vel *culpa* cuiusquam vel imbecillitate etiam admissum sit, quod publice aut priuatim noceat, *honestum negotium delicti naturam induit*, & animaduersione dignum iudicatur. Huc pertinent delicta illa, de quibus auctor glossæ Germanicæ ad speculi Saxonici articulum 37. lib. 2. non ineleganter docet, rem furtiuam fieri, quamuis *honeste accepta* sit, da der Anfang ehrlich ist, hernach aber wird es diebisch.

Delictum igitur, cui *honestum initium* fuit, dicemus *honestum & licitum negotium*, animo ingenuo susceptum, sed ita administratum, ut aliquid illiciti dolo vel culpa auctoris interuenerit, quod plenam formam certi delicti habeat, & non solum læso actionem pariat, sed etiam animaduersione dignum iudicetur. Ita, qui *depositum*, quamuis ex honestissimo contractu sibi *traditum*, animo interceptiendi contrectauerit, furtum videbitur fecisse, si PAVLLVM & CELSVM audiamus l. 1. §. 2. D. *de furtis*. l. 67. pr. eod. Eo pertinet, quod, qui iumenta sibi *commodata* longius duxerit, aut generaliter, qui re, alio sibi consilio data, inuito domino usus fuerit, quamuis rem titulo honestissimo acceperit, tamen, eodem PAVLLO auctore, *furtum fecisse videatur* l. 40. D. *de furtis*. Item, qui *pignus*, honestissima ex causa acceptum, postquam soluta est pecunia, mutato consilio, celandi animo, retinet, secundum MELAM & VLPIANVM, ex *honesto initio in delictum incidit*, & *furti* etiam tenetur. l. 52. §. 7. *de furtis*. Imo vero *colonus*, qui honestissime fundum conduxit, si ultra tempus conductionis fructus retinuerit, fur esse intelligitur, quod CELSVS ait l. 67. §. 5. D. *de furtis*. Ne quid omittam, *fullo* etiam atque *sarcinator*, quibus polienda aut sarcienda vestimenta dedimus, si his utantur, cum vestimenta non in eam causam acceperint, quamuis vestes ex honesto contractu detineant, furtum fecisse censebuntur. Ita enim PAVLLVS praecipit, l. 82. pr. D. *de fur-*

^{r)} CIC. 1. offic. VII.

furtis. Sed hoc forte durius, quod, qui *rem sibi debitam* ex honestissimo contractu invito domino arripuerit aut nactus sit, *prædo* esse videatur, quod *PAVLLO* visum est l. 5. D. *de adquir. vel amitt. possess.*

Posset cuiquam hoc mirum videri. Sed magis præter expectationem *VLPIANVS* docet, eum, qui etiam in *bona & honestissima causa* iudicem muneribus tentauerit, & adduxerit ad *iustam* sententiam dicendam *delictum* contraxisse, & causa, quamvis iustissima, cadere debere l. 2. §. 2. D. *de condict. ob turp. caus.* Postremo, quid honestius est *tutela* pupillorum, in qua tamen, qui aliquid interuenterit, furtum fecisse dicitur, & *furtum* duplione luere iubetur. ^{s)} Habes exempla honestissimarum rerum, quæ si quid rei illicitæ postea immisceatur, in *delictum* degenerant & pœna coercentur.

In hoc autem loco in primis admonendum est, non ex solo *exitu & euentu delictum* appellari posse, quod *honeste coeptum* male cesserit & damnum pepererit, auctore facinoris invito; sed *dolum* aut *culpam* superuenientem demum efficere, vt quis in *negotio honesto delicti* notam contraxisse videatur. Iustissime enim *HADRIANVS* rescriptit, in *maleficiis voluntatem*, non solum *exitum* spectari l. 14. D. *ad l. Cornel. de sicariis.* Quæ res habet rationem. Diuina enim quadam providentia, quod *M. TVLLIVS* ait, multa *bonis male* eueniunt, *improbis optime*, ^{s)} casusque & *euentus* rerum, non sunt *duces*, sed *comites* consiliorum, ^{u)} Imo vero

— — — — careat successibus, opto,

Quisque ab euentu facta notanda putat, x)

cum etiam innocentissimus periculum non effugeret, si, quæ præter spem & sententiam eueniunt, in æstimandis negotiis respicerentur.

Nimirum, etiam in ciuilibus causis iudicium non *ad exitus & euenta* duntaxat, sed ad animum & consilia maxime accommodamus. *LABEO* enim atque *VLPIANVS negotiorum gestorum* actionem generaliter illi concedunt, qui *utiliter* gessit negotium, quamvis res *caruerit euentu*; vt, si quis insulam fulserit, quæ postea exulta sit, aut seruum quis curauerit, qui postea obierit, sine illius culpa, qui eum susceperit curandum, l. 10. §. 1. D. *de negot. gest.* quod video etiam *GAIUS* placuisse. l. 22. D. *de negot. gest.* Hoc adduxit *PAVLLVM*, vt etiam in *vsucapionibus* sufficere censuerit, si quis ab initio putauerit, rem *vsucaptam* ad se pertinere; cum res ex *consilio & animo & initio* in primis iudicanda videatur. l. 48. D. *de vsurp. & vsucap.* quod obtinuit, donec ius illud correctum est a pontifice *cap. ult. X. de præscript.* Eandem regulam etiam *VLPIANVS* secutus est in *possessione* iudican-

^{s)} tabula VII. in lib. XII. tabularum apud *GRAVINAM* de orig. iur. p. 469. ^{r)} *CIC.* de nat. Deor. lib. III. cap. XXXII. in fine. ^{u)} id. orat. pro *l. Corn. Balbo* cap. IV. ^{x)} *OVID.* epist. II. v. 85. 86.

canda. Non enim rationem obtinendæ possessionis, sed *originem* nanci-
scendæ exquirendam esse, ait, l. 6. pr. D. *de acquir. vel amitt. possess.*

Igitur, etiam in ciuilibus negotiis non tam *exitum*, quam *originem* &
consilium spectamus, sed maxime, vt dictum est, in *delictis iudicandis* &
gradu doli æstimando *initii* & *originis* rationem habendam esse credimus.
Eleganter enim PAVLLVS, maleficia, ait, *voluntas* & *propositum* delin-
quentis distinguit l. 53. pr. *de furt.* Eodem iure etiam in iudicio *iniuria-*
rum vtimur, quarum *atrocitas* in primis *ex caussa* æstimatur. Ita enim
HERMOGENIANVS præcipit l. 45. D. *de iniur.* Et generaliter ex æquo
& bono descendit iniuriarum actio l. 11. §. 1. D. *de iniur.* quæ æquitas il-
lud exposcere videtur, vt leuius eum deliquisse arbitremur, qui *bona mente*
acceserit ad negotium, quod postea in alterius iniuriam degenerauit. In
ipsis etiam *furtis*, etsi turpissimo genere nequitiae, secundum VLPIANVM,
non *factum* duntaxat, sed *causam faciendi* quærimus; vt, qui *libidinis*,
non *lucris*, *caussa* aliquid rapuerit, vel fores effregerit, furtum non fecisse
censeatur, l. 39. D. *de furtis.* Non longe ab hoc recedit, quod in poenis
etiam constituendis, si conditio delinquentis mutata fuerit, non ad tempus,
quo quis sententiam patitur, sed quo delictum *coepit* & commisit, maxime
respiciamus, l. 1. §. 1. 2. D. *de poen.* Facilius hæc, quæ adhuc diximus,
apud te fidem inuenient, si cogitaueris, latius patere legum indulgentiam,
& non solum illa facta, quibus omnino honestum initium fuit, veniam me-
reri, sed etiam hæc negotia, quæ *per se aliquid illiciti continent*, ita tamen
suscepta sunt, vt appareat, reum non omnem cogitationem *pietatis* abiecis-
se, sed sensu quodam *honestatis* attactum fuisse in ipso etiam delicto. Oppor-
tune occurrunt illi, qui, *parentibus*, vel *inuitis*, vel certe *non consentienti-*
bus, nuptias ineunt. Hi enim, quamuis parentibus iniuriam faciant, si ma-
trimonio contrahendo *copulam sacerdotalem*, quam dicunt, & sacras cerimo-
nias adhibuerunt, *parte* duntaxat *dimidia portionis legitimæ* mulctari
possunt & mitius tractantur, quam profani illi, qui *spurca venere* sine vlla sa-
crorum cogitatione matrimonium illicitum contraxerunt, ideoque ab iratis
parentibus efficaciter *a tota hereditate excluduntur.* *ordin. matr. elect. Sax.*
tit. von Ehe-Gelöbnissen §. Und da sie 2c. it. Würden auch 2c.

§. III.

Ex animo igitur & consilio in primis, non ex euentu duntaxat, iudica-
mus, vtum delicto *honestum initium* fuisse videatur, & mitius illos tracta-
mus, qui, cum *honesto negotio* animum intendissent, postea sublapsi, in de-
lictum inciderunt. Enim vero, *hoc fine poenas constitui* & reis infligi noui-
mus, vt vel *corrigantur* delinquentium animi, vel reliquis certe ciuibus, *ex-*
emplo supplicii prospiciatur. Eleganter illud *Excessus in*
re honesta in
delictum de-
generat. Sed
mitius puni-
tur si quis
successu, vel

occasione de- TVLLVS HOSTLIVS apud T. LIVIVM, y) cum Mettium Fuffetium ca-
ceptus vel pitali sententia damnaret, his fere verbis docuit: „Metti Fuffeti, si ipse
laceffitus de- „discere posses fidem ac foedera seruare; *viuo* tibi ea *disciplina* a me adhi-
liquerit. In- „bita esset. Nunc, quoniam tuum insanabile ingenium est, at tu *tuo sup-*
primis in „plicio doce *humanum genus*, ea sancta credere, quæ a te violata sunt.,
certamine „Sed apparet, illos, qui sola *fragilitate* animi in *re honesta*, cum magna pertur-
gloriæ & batio constantiam debilitasset, sublapsi sunt & ab officio defecerunt, faciliori
virtutis. remedio & leui animaduersione *corrigi*, neque tam grauitur de *exemplo* & imi-
Poenæ ex tatione aliorum metuendum esse, si quis *seductus* & *deceptus* deliquerit,
gradu doli quam si *data opera* se comparauerit ad nocendum & societatem bonorum
& metu ex- perturbedam. Eleganter M. TVLLIVS z) hoc discrimen exposuit, qui,
empli consti- quædam, inquit, *iniuriæ* a *metu* proficiscuntur, cum quis timet, nisi noce-
tuuntur. ret alteri, ne ipse aliquo incommodo afficeretur; quædam de *industria* &
animo nocendi a quibusdam inferuntur, vt ipsi adipiscantur, quæ con-
cupiuerunt.

Hoc igitur postremum genus, cum latissime pateat, excusationem vix, inuenit; sed in priori specie etiam constantes animi interdum, & plerumque *proba ingenia*, rerum usu *nondum satis confirmata*, sublabuntur. Et *laceffiti* quidem maxime, quod M. TVLLIVS ait, a) *occasionem* rei geren- dæ & vindictæ expetendæ sibi oblatam esse arbitrantur. Cum enim natura- lis ratio permittat, aduersus periculum se defendere, vt GAIVS docet; l. 4. D. ad l. Aquil. difficile est quibusdam in his necessitatibus imperare animo, & occasionem vliscendi dimittere: qua de causa facilius ipsis parcitur, quam his, qui de industria ad inferendam iniuriam aggrediuntur. Ipse Augustissimus legislator Saxo in his speciebus aliquid *cogitationi humanæ conditionis & imbecillitatis*, in *Erregung der Schwachheit menschlicher Affecten*, dandum esse arbitratus est b)

Inprimis vero in *certamine gloriæ & virtutis*, qua re nihil efficacius est ad animos probos & erectos, in tanta reliquorum expectatione, accen- dendos, illis facilius ignoscitur, qui feruore animi concitati, plusculum sibi, quam fas fuerat, sumserunt. Hos enim, quod VIRGILIUS MARO ait: c)

— *successus alit*, possunt, quia posse videntur,

&, qui prope abest a victoria, cupidius rem gerit

— — *successuque acrior ipso*, d)

aliquanto longius progreditur, quam leges certaminis poscebant. Hoc VL- PIANO in mentem venit, qui, actionem legis Aquiliæ cessare, ait, in *publi-*

y) LIV. lib. I. cap. XXVIII.

Manil. cap. II.

vers. 231.

z) CIC. lib. I. offic. cap. VII.

b) Duell. Edict. §. 16.

d) Id. ibid. lib. II. vers. 385.

a) Id. pro l.

c) VIRGIL. Aeneid. lib. V.

publico certamine, si quis in Pancratio alterum, vel pugiles, dum inter se exercentur, alius alium occiderit, quia *gloriæ causa & virtutis*, non iniuriæ gratia, videatur damnum datum. l. 7. §. 4. D. *ad l. Aquil.* His enim facile accidit, quod Choroebo illi apud VIRGILIUM MARONEM, ^{e)} qui

— — *exultans successu animisque*, — —

O socii, qua prima, inquit, fortuna salutis

Monstrat iter, quaque ostendit se dextra, sequamur

Generaliter, quoties ex *improviso acres* quidam animo *stimuli* subiiciuntur, quod illis euenit, qui magnam gloriam vident, misratio imbecillitatis, quae cupiditati non semper satis resistit, efficiet, ut temperamentum poenae admittamus. Non multo secius igitur de illis statuendum erit, quos rei diu petitaе & expectatae iam nanciscendae *occasio* decepit, ut sibi, cum omnia alia agerent, & *honesto negotio* operam darent, temperare seque cohibere non potuerint, quo minus rei speratae & nunc confestim oblatae cupidius & incontinentius inhiarent, atque ita contraherent *notam* aliquam *delicti*. Ita Mnesilochus, apud PLAUTUM, ^{f)} aegre a se impetrauit, quo minus molem illam pecuniæ attingeret, quam Chrysalus ipsi ostendebat, cum

— — — *occasio* ad eam rem esset,

— — — ut quantum vellet, tantum sumeret

Eam rationem VLPIANVS videtur secutus esse in delicto medici aestimando, qui ab homine aegroto, oculis laborante, & propter periculum oculorum amittendorum multis precibus eum obtestante, cum omnia illi pro oculis venalia essent, possessiones vili pretio emerat. Hunc enim coercendum quidem esse, ait, & restituendas aegroto possessiones, quas vendiderat, sed medicum tamen mitius tractauit, quia ex facilitate & precibus aegroti *occasione* illius emungendi nactus erat, & intellexerat nihil homini sano oculis esse carius, & periculo oculorum ostenso, omnia a nobis impetrari posse. l. 3. D. *de extraord. cognit.*

Ab hoc loco non alienum est, quod, qui sponsam ante sacerdotalem copulam, quam dicunt, cognouerit, cum resistere blanditiis non posset, quia *honeste* rem coepit, & *occasio* ad delinquendum facile inuitat, non poena stupri ordinaria, sed trium duntaxat dierum carcere coerceatur. Memini aliquando priuignum, qui nouercam illamque iuuenulam, sed nuptam seni decrepto, flagitio fere inaudito compresserat, hac excusatione vsum fuisse, quod illa saepius, cum ipse noctu domum honesto consilio venisset, de lecto,

S 2

prout

^{e)} VIRGIL. Aeneid. lib. II. vers. 385.
vers. 22. 23.

^{f)} PLAUT. Bacchid. act. IV. scen. IV.

prout iacuiſſet, nuda proſiluerit ad fores aedium reſerandas, & lucernam attulerit, nulla veſte circumpoſita, panem etiam & caſeum eſurienti eodem corporis impudico habitu appoſuerit, denique apud ipſum conſederit, & blande ipſum allocuta fuerit, vt, *occasione oblata*, ſibi temperare non potuerit a mutuo & ſpurciſſimo amore. Non diſſimilis eſt alia quædam ſpecies, ante annos aliquot ICris VITEMBERGENSIBVS oblata, in qua ſponſus integræ famæ & conditionis ſponſam, quæ non ita pridem cum carnificis ſeruo excoriatore familiariter & turpiſſime vixerat, re cognita, verbis caſtigare voluerat, & ad frugem reducere cogitauerat, ſed diu excluſus & tandem quidem admiſſus, indigniſſime autem acceptus ac gannitibus & probris laceſſitus, cultro, qui forte ad manus erat, apprehenſo confoderat: cui poena quidem ordinaria propter improuiſum atque infame dedecus, & quia honeſto conſilio acceſſerat, occasio autem vlciscendi illum deceperat, remiſſa eſt: quod & CAROLVS V. *ordin. crim. art. 142.* verbis: *unkeuſcher Werke halben*, iudicantibus permiſit.

Sed ab hoc ſpecie non longius abeſt, quod aliquando etiam *filio* peperci- mus, qui, cum partem nurui ſtruprum inferentem deprehendiſſet, retinere ſe non potuit, quin vim & manus etiam inferret improbo parenti. Hic enim, cum filium poſtea ex hac cauſa hereditate excluſiſſet, reſpondimus: non ratam eſſe exheredationem, neque enim hanc atrocem fuiſſe iniuriam, ad quam filius, vxoris ſuæ inceſtuoſum adulterium honeſtiſſimo conſilio prohibiturus, calore animi & occasione inuitante ſeduc-tus eſſe videbatur: ideo- que nec locum eſſe exheredationi iudicauimus, ad quam duntaxat imperator vim improbe parenti factam & manus nefario conſilio illatas in nou. 115. c. 3. ſufficere exiſtimauit. Huc & alii referunt, quod *cliens, mercenarius,* & qui in *iisdem aedibus nobiſcum verſari* ſolent, ſecundum PAVLLVM & MARCIANVM, ſi res noſtras contrectauerint, & furta viliora fuerint, poe- na mitiore afficiendi ſint, cum *honeſta ex cauſa* omnem apparatus rerum noſtrarum in promptu habeant, & *occafio* rei ſurripiendæ illos deceperit, vt ne furtum quidem feciſſe iudicentur, l. 89. D. *de furt.* l. 11. §. 1. D. *de poenis*: quod POMPONIVS etiam in illo, qui pecunias ad alium perfe- rendas acceperat, ſed furto illas contrectauerat, videtur probauiſſe l. 14. §. 8. 9. D. *de furt.* Sed hoc quidem in Saxonia electorali notiſſimo edi- cto g) ita correctum eſt, vt eodem fere iure domeſtici, quam extranei in furtis æſtimandis cenſeantur.

Diſcederem ab hoc loco, niſi illud adiiciendum videretur, quod gene- raliter in furtis receptum ſit, vt, qui poſſeſſionem alienam non inuaſerunt, fed

g) conſtit. elect. XXXVIII. P. IV. & Mandatum wegen geſchwinde Exequirung der rer Räuber und Diebe de dato Dresden am 27. Julii anno 1719. §. Wir wollen auch nicht weniger &c.

sed res alterius iusta ex causa nacti, illas inuito domino contrectauerunt, *furti poena ordinaria*, nisi aliud lege provinciali, ut in electoratu Saxoniae, ^{h)} cautum sit, affici non posse censeantur. ⁱ⁾ Sed de his deinceps locus erit exponend.

§. IV.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, non obscure intelligitur, quibus de *Excessus in* causis illi, qui aliquando inhoneste coeptis defecerunt & sublapsi sunt, ve-*re difficili* nia digni esse videantur, & mitiore poena afficiendi sunt, in primis, si *la-eaque lau-* cessiti, aut alia ratione perturbati fuerint, aut ipso *successu* & occasione rei *laudabili veni-* illicitæ decepti. Sed hoc tamen iure in primis in iis negotiis utimur, quæ *am meretur* ne alii de- non solum permissa sunt, verum etiam cum *laude* aliqua coniuncta, ut pu-*terreantur.* blice intersit, alios non modo *non deterrevi*, sed præmio etiam proposito *Excessus in* excitari ad eandem laudem consecrandam. In his enim speciebus tantum *castigatione* abest, ut *seueritatis sententiæ*, qua quis in æstimandis offensionibus bene *admoni-* meritorum uti posset, aliquid proficiamus, ut potius metuendum sit, ne isto *tionibus mi-* exemplo noceamas reipublicæ, cuius ornandæ & corrigendæ causa poenas *tius punitur.* in primis constitutas esse, supra est a nobis observatum. Hoc *In honeste* *coeptis dolus* *non præsu-* *mitur.* *VLPIANVS* etiam in civilibus negotiis respiciendum esse docuit, & mirius tractandos, qui negotia susceperint, in quibus *magna utilitas plurimum* versetur. Ex hoc fonte diriuatur, quod in primis parcamus *negotiorum gestoribus*, ne in posterum deserantur absentium negotia ab amicis, si seueritatem iudicantium sibi imminere & hanc sibi gratiam miserationis & benevolentia referri videant, ut magno in rationibus reddendis incommodo afficiantur, l. 1. D. *de neg. gestis*. Quod cum intelligeret *LABEO*, æquissimum esse censuit, eum, qui *affectione* adductus negotiis alterius se obtulerit, ne bona eius distraherentur, dolum duntaxat præstare, non culpam, ne alii ab officio pietatis & miserationis exemplo seueritatis nimia deterreantur. Imo vero, quanto magis *pium* est negotium, quod geritur, tanto *solutius* æquitatem sequimur, quod idem *LABEO* præcipit, ideoque in *funeraria* etiam *actione*, si quis, pietatis causa, funeris curandi molestias susceperit, ne quidem meram negotiorum gestorum actionem imitandam esse, quamvis & hæc admodum benigna sit, sed *indulgentius* hunc tractandum esse, ait, qui funeraverit; cum reipublicæ intersit, ne homines probi deterreantur a pietate funeris curandi, l. 14. §. 13. D. *de relig.* Hac igitur facilitate cum in *caussis civilibus* utamur, quanto iustius est in *delictis* æstimandis iudicem reo favere, qui *honestum & laudabile negotium susceperit*, quamvis errore aliquo sedu-

S 3

Eius

ⁱ⁾ vid. Erneuerte, auch erläuterte und geschärfte Constitution von anvertrautem Gute, de anno 1705 in cod. Aug. tom. I. pag. 1178. ^{h)} BERGER, in oeconom. lib. III. tit. IX. §. 5. not. 2. pag. 772. & CARPZ. quæst. crim. LXXXV. P. II. n. 2. sqq.

Etus deciderit in speciem aliquam delicti. Debet enim iudici ante oculos versari ille.

— — — currus auriga paterni,
Quem si non tenuit, magnis tamen excidit ausis, k)

& qui venia dignus est, quamvis lapsus sit in illustri facinore, quod suscepit. Subleuanda sunt proba ingenia, ne cogitatione fragilitatis suae, ex qua sibi periculum imminere timeant, animos demittant & negotia magni momenti attingere dubitent, ex quibus magno se incommodo affici posse suspicentur. Hoc adduxit interpretes, ut etiam *magistratibus* aliquid indulgeant, si quare seducti fuerint in libris diiudicandis. Certe *doli suspicionem* non facile aduersus magistratum admittimus, propter gravitatem illius muneris, in quo etiam constantissimus interdum ab officio discedit. Ex hac causa *VLPIANVS* censuit, quae iure potestatis a magistratu fiant, ad iniuriarum actionem non referri; cum iniuria sine dolo nunquam committatur, l. 13. §. 6. *D. de iniur.* quod & *LABEO* probauit, l. 15. §. 38. *D. eod.* Eo etiam pertinet, quod secundum *IULIANVM* atque *VLPIANVM*, generaliter *magistri*, qui, dum artem docent, *castigandi & admonendi* causa puerum verberauerint, aut ceruicem ei percusserint, ut oculus puero effunderetur, etiamsi modum non tenuerint, tamen iniuriarum actione conueniri nequeant sed ciuili duntaxat actione, l. 13. §. 4. *D. locat.* l. 5. §. 3. *D. ad l. Aquil.* & addit *IULIANVS*, hoc ideo receptum esse, quia leuis castigatio *permissa* sit docenti, quare, cum *honeste coeperit* magister, qui puerum verberauit, doli omnino accusari non posse videatur. d. l. 5. §. 3. *D. ad l. Aquil.* Eodem consilio imperator *LEO thesauri inuentoribus* pepercit, ne acerbis examinationibus subiiciantur, & praemio illos potius affici voluit, ne alii, metu seueritatis, timeant thesauros attingere, neue illa in perpetuum recondita maneant, quae propter publicam vtilitatem protrahenda essent in apricam lucem, *nov. Leon. 51.* Certe *errori* facile ignoscimus, si negotium honeste & laudabiliter coeptum esse intelligamus, adeoque commodatario etiam furti poenam remittimus, qui rem, ad alios usus sibi commodatam, inuito domino contrectauit & ultra legem contractus processerit, si *probabili errore* credidit, dominum consensurum esse, l. 46. §. 7. *D. de furt.*

Ne tamen spe impunitatis honestissima negotia subinde corrumpantur, *excessus magnus* etiam in *laudabiliter coeptis* animaduersionem non effugiet. Hac enim seueritate *D. HADRIANVS* usus est, qui *Vmbriam matronam*, ex leuissimis causis in ancillas faeuientem, in quinquennium relegauit, & patrem, qui filium, quamvis castigatione dignum, in venatione

magis

k) Ouid. metamorph. II. vers. 328.

magis latronis quam patris iure occiderat, in insulam deportavit, l. 2. in fin. D. de his, qui sui vel alien. iur. l. 5. D. ad l. Pompei. de parricid.

§. V.

Propter *exemplum* igitur indulgentius tractamus reos, qui ab honesto ^{caussa ho-} initio in delictum delapsi sunt, errore aliquo decepti. Neque tamen hoc ^{nesta remo-} est perpetuum, sed sedulo cauendum iudici in rebus illis, quæ factum cir- ^{ca non parit} cumstant, æstimandis, ne patiatur, ^{excusatio-} honesti initii obtentu, flagitia etiam & ^{nem si do-} scelera nequissima subinde occultari; cum nihil tam sit improbum & nefa- ^{lus postea in-} rium, quod non colore quodam honestatis & innocentiae ab his, qui ad sce- ^{ternentur} lera ingeniosi sunt, facile regatur. In qua re, ne quis decipiatur, admonen- ^{res mali ex-} dum est, tunc demum *honestum initium* prodesse ad delicti excusationem, si ^{empli quam-} appareat *reum ab initio nihil cogitasse de delicto*, sed errore duntaxat & fra- ^{uis sine do-} gilitate animi seductum, dum omnia alia ageret, in factum illicitum incidisse ^{lo admini-} & delicto se contaminasse. Contra vero, qui post honeste coepta *consilium* ^{strata sit} *mutauerunt* & dolo rem gerere coeperunt, relicto priori negotio, censentur ^{poenam non} *nouum negotium* exorsi esse, quod *foedum inceptu*, *foedum exitu* grauius ^{effugit.} punitur. Igitur dicemus, causam honestam illamque *remotam* non proficere ad temperamentum poenæ admittendum, sed proximam duntaxat causam reo prdesse, si intelligatur, quod honesto consilio & animo ingenue rem susceperit, postea autem humani aliquid passus sit in negotio perficiendo. Eleganter POMPONIVS hoc monuit, non videri spectandum esse initium, si quis postea *mutata voluntate*, dum aliud antea egisset, ad nouum negotium accesserit, quamuis illud cum priori cohæreat; tunc enim quasi *plura* omnino gesta esse negotia videri, l. 15. D. de neg. gest. Insignem eiusmodi speciem tractauit VLPIANVS l. 9. §. 4. D. ad l. Aquil. Ait enim, cum quidam *pila luderent* eo loco, qui ad hoc certamen destinatus erat, seruum a quodam *data opera* occisum, qui impunitatem sperauerit hoc colore, quod negotium honestum loco consueto susceperit, in quo, si quis prætereuntium sua culpa iactu pilæ occisus sit, actio legis Aquiliæ cessare videretur; sed reum nihilo minus damnatum esse, quia *data opera* negotio honesto aliquid immiscuerit, quod *dolo* non careat, & plenam formam contineat homicidii dolosi.

Enim vero, si *honestum initium remotum* sufficeret, neque potius, quid *proxime* gestum sit, respiceretur, etiam *depositario* ignoscendum esset, qui ex honestissimo contractu rem nactus est, sed, si postea, interueniente animo intercipiendi, depositum celauerit, furti crimine contaminatur, l. 1. §. 2. D. de furtis. Eadem de *procuratore* dicenda sunt, qui, cum *titulo amici* negotia aliena susceperit, sed postea dolose aliquid fecerit, ut vince-
retur,

retur, turpius delinquit, quam si ab initio partes aduersarii secutus esset.
l. 7. §. 9. D. *de dolo malo*.

Igitur, si ad negotium, honeste coeptum, postea *dolus* aliquis accedat, qui *negotium* corrumpat, ut *honestum exitum* habere nequeat, grauius peccatur, & non satis idonea est illa excusatio, quod huic delicto *honestum initium* fuisse videatur. Sed PAVLLVS noster videtur longius procedere, ut ne tunc quidem sufficiat honesti initii titulus, si postea aliquid interueniat, quod *mali exempli* sit, quamuis *nihil dolo faciat*, qui negotium honeste coeptum conuertat in delictum. Ait enim, illos, qui sponsæ etiam *poculum amatorium* dederint, quamuis *dolo hoc non fecerint*, tamen, quia *mali exempli* res sit, humiliores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum, relegari, l. 38. §. 5. D. *de poen.* Posset alicui difficile videri, quod dolo carere dicatur, qui poculum amatorium dederit, cum hoc quidem sine animo delinquendi, hoc est, sine dolo geri non possit. Sed diluetur illa difficultas, si cogitaueris, hoc loco *dolum in specie sic dictum*, id est, *animum nocendi* intelligi, non vero dolum generaliter acceptum, qui omne delictum, data opera admissum, comprehendit. Igitur sensus PAVLLI hic est: si quis amatorium poculum dederit puellæ, ut ipsum ardentius amaret, hoc quidem per se non inhonestum esse, quod velit a sponsa ardentius amari, neque subesse *animum nocendi*, cum blande potius sponsam afficere illamque amore sui implere voluerit ille, qui poculum amatorium dederit, sed tamen *dolum generaliter acceptum*, id est, *animum delinquendi* & artibus illicitis amorem sponsæ accendendi, inesse in hoc negotio, qui dolus efficiat, ut honestissimum consilium amoris degeneret in turpissimum delictum, & graui animaduersione dignum iudicetur. Nimirum res *mali exempli* dicitur delictum, *quod ad plurimum cupiditatem pertinet*, ut timeri possit, ne plures illud imitentur spe impunitatis, illisque, si delictum sæpius frequentatum fuerit, resisti postea nequeat, sed ex hac re magnum periculum ad multos innocentes perueniat cum magno incommodo societatis. Quapropter in his quidem speciebus, *propter exemplum*, magna seueritate opus est, ut conatus ille delinquendi reprimatur, quo honesta etiam negotia turpissime & cum magno periculo omnium bonorum corrumpuntur.

§. VI.

Abusus potestatis ex magna fiducia concessæ & omnis dolus, quo fides amicitiae falsatur

Satis, credo, comprobauimus, *dolum*, qui in negotio etiam honeste coepto postea interueniat, excusationem satis idoneam ad poenam delicti declinandam non parere, sed grauiori animaduersione coerceri, in primis si res mali exempli esse videatur. At vero nunquam *peiori exemplo* innocentibus nocetur, quam si in negotio non solum honestissime coepto, sed etiam ex magna fiducia profecto, dolus quidam admittatur, ex quo periculum ad

ad illos peruenire possit, qui rem maximi momenti nobis crediderunt, & ^{ma} ^{poena} ^{dignus est at-} ^{que etiam in-} ^{famat, fur-} ^{citum vsus ta-} ^{men mitius} ^{punitur.} spe honestatis nostræ confisi omnia tuta & sanctissime munita esse putauerunt. Enim vero tolerare has necessitates humanæ conditionis non possumus, nisi *fide amicitiae* leuentur & emolliantur, nisi sit aliquis, in quo spem & fiduciam collocemus, cui non minus fidem habere, quam nobis ipsis, cuius res etiam sanctissimas permittere, in cuius fide acquiescere & ab omni periculo securi esse possimus. Sed hæc *fides*, ab altero data & sancita, *si postea fallatur*, non solum dolore acerbissimo afficimur, quod fidem, rem inter omnes homines sanctissimam & summi pretii, male collocauerimus, sed omnia etiam suspicionibus & sollicitudinibus implentur, nihil certum & omnino tutum relinquitur, omnia diuina ac humana perturbantur. Quæ res effecit, ut merito grauissime illis indignemur, qui rem maximi momenti iure fidei singularis & spe mutuæ honestatis sibi commendatam & permissam in vsus nefarios conuertunt, & expectationem bonorum deludunt, illosque, qui nihil timendum cauendumque esse crediderint, in periculum inducunt. Hoc imprimis in eos couenit, qui *iure potestatis* abutuntur, maxime in illos, qui *iurisdictioni præfunt* & *fiducia magistratus* cuiquam iniuriam faciunt, quem ab iniuria defendere & in sinu fouere debuissent. Hos enim *VLPIANVS*, quamuis honestissimum sit illorum officium, posse *iniuriarum conueniri*, quasi ab initio rem dolo gesserint, testatur l. 32. D. de iniur. Imo vero, secundum eundem *VLPIANVM*, *lege Iulia de vi publica* tenetur, qui magistratu *abusus est*, & cum imperium potestatemue haberet, ciuem Romanum aduersus prouocationem necauerit, verberauerit iusseritue quid fieri, aut quid in collum iniecerit, ut torqueatur, l. 7. ad l. Iul. de vi public. Certe nec poenam legis Corneliæ de sicariis effugiet, qui, cum in magistratu esset, eorum quid fecerit contra hominis necem, quod legibus non sit permissum. Hoc enim idem *VLPIANVS* docet l. 4. pr. ad l. Cornel. de sicariis. Multo minus igitur ei parcemus, qui, per ambages & insidias, illud molitus fuerit, ut innocenti damnum inferret iure magistratus. Si enim *MARCIANO* fidem habemus, magistratus, qui, cum publico iudicio præesset, operam dederit, quo quis falsum iudicium profiteretur innocentis conueniendi aut condemnandi causa, ex lege Cornelia de sicariis & beneficiis puniendus est, quamuis huic delicto *honestissimum initium* fuerit, & nihil sanctius potestate magistratus habeatur, l. 1. pr. ad l. Cornel. de sicariis.

Apparet igitur, *potestatis & officii publici* honestissimum titulum illis non prodesse, qui ius imperii, magna fiducia sibi concessi, in occasionem sceleris traxerint. Nostri plerumque iurisdictionem admunt iudici, qui illa turpiter abusus est, & poena arbitraria pro gradu doli admissi indignum facinus coercent. Quamuis enim optime de magistratibus speremus & fa-

cile excusamus, quæ ad vindictam maiestatis publicæ respiciant, quod PAVLVS ait l. 33. D. *de iniur.* Tamen illis, qui re sanctissima indignius abusi sunt, non ignoscimus, nisi, vt supra obseruatum est, probabili errore decepti esse videantur. Nuper ICtis *Vitembergensibus* mense Augusto huius anni oblata est eiusmodi species, in qua parcendum censebamus feminæ, quæ a consiliario, iurisdictioni patrimoniali præfecto, seducta, iurisdictione abusa dicebatur. Nimirum poena relegationis reæ furtum confessæ dictata erat, sed hæc a principe impetrauerat, vt potius per biennium ergastulo includeretur. Cum vero res difficultatis aliquid haberet, imprimis quia rea non habebat, vnde se aleret in ergastulo; maluit domina iurisdictionis priorem sententiam exequi, reamque, neglecto beneficio principis, præstita vrpheda relegari iussit. Itaque, quamuis aduocatus fisci dominam iurisdictionis hac potestate priuari postularet, tamen respondimus, illam a consiliario seductam, propter probabilem errorem, quem ex priori sententia conceperat, non quidem iurisdictione exuendam, sed mulcta eaque satis graui compescendam esse, ne in posterum aliquid temere & inconsulte statueret in reis iudicandis.

Quæ de magistratibus diximus, multo magis pertinent ad *clericos & sacerdotes*, quos, si potestate admonendi & fiducia officii sui turpiter & per *manifestam calumniam* abusi fuerint, grauiore poena tanto iustius afficiendos censemus, quanto maiorem illis moderationem ipsa muneris sanctitas & periculum multorum innocentium, quos licentia calumniandi clericis permissa grauissime laederet, suadere debuisset ^{l)}

His proximi sunt omnes, qui, quamuis nec iudices sint nec clerici, tamen obtentu muneris sui & potestatis in innocentes contumeliosius & iniuriosius grassantur. ALEXANDER enim imperator hanc seueritatem etiam aduersus *tributorem exactores* locum habere voluit, vt, si quid per occasionem officii sui dolo malo innocenti, qui nihil debeat, extorserint, *furti poena*, propter insignis improbitatis dedecus, afficiantur, l. 8. C. *de furtis*. Quamuis enim *honestissima* ex causa tributum exigant, tamen in *abusu* honestissimæ potestatis veniam omnino non merentur. Ex hoc intelligitur iustissima ratio legis illius Saxonicæ, quæ *administratores*, iurisiurandi vinculo adstrictos, si pecunias, ex honestissima causa sibi creditas, contrectauerint, durius fere, quam fures, tractandos esse præcipit, vt subinde ne spontanea quidem confessione & restitutione rei ablatae a poena laquei se liberare possint. ^{m)}

Sed

^{l)} Kirchen-Ordnung de anno 1580. art. gener. III. §. 7. in codice Augusteo tom. I. pag. 663. ^{m)} Erneuerte auch erlaüterte und geschärfte Constitution von auvertrautem Gute, de anno 1705. in cod. Aug. tom. I. p. 1174.

Sed administratorum quidem perfidiæ non dissimilis est improbitas *custodum*, qui, securitatis causa, ut ab incurfu furum & latrunculorum tuti simus, constituti sunt, & per hanc occasionem ipsi aliquid furantur. Haud ita pridem Icti *Vitembergenses* vigilem, qui tempore sacrorum publicorum obambulare & fures prohibere iussus erat, dem die Kirch-Wacht anvertrauet war, obambulans fores cuiusdam apertas inuenerat, & rem non magni pretii surripuerat, propter *abusum rei honestissimæ* & maxime necessariæ per quinquennium relegandum esse censuerunt.

Sed hoc quidem iure vitimur aduersus illos, qui munere publico & potestate sua in perniciem innocentis abutuntur. Neque tamen multo secius de illis iudicandum est, qui *priuatam fidem* in negotio, ex *magna fiducia* profecto, cum dedecore insigni fefellerunt. Hinc enata est illa seueritas, qua in *fabros claustrarios* animaduertimus, qui *clauem adulterinam*, iussu domini ædium ab ipsis confectam, imitantur illamque retinent, vel ut ipsi furtum faciant, vel aliis istam commodent furandi causa. ⁿ⁾ Hi enim re honestissima, artificio suo & *fiducia domini*, qui omnes fortunas suas ipsis permittit, dum clauem adulterinam confici postulat, turpissime & pessimo exemplo abutuntur, ut ipsi lares & penates nostri non essent satis tutum nobis suffugium, nisi illa improbitas poena grauissima coerceretur. Eandem rationem secutus *Siracides* in iudicanda *magistri* aut *pædagogi* perfidia, puellam virginem ab ipso, iussu patris, educandam & pudicitiae causa custodiendam, stuprantis & seducens, ut hæc pudorem prorsus profligaret. ^{o)} Huic enim nequitiae cohibendæ non simplex poena stupri sufficeret, sed relegationis, infamiae, fustigationis adhibenda esset, cum pessimo & crudelissimo exemplo nocuisse videatur. Non remissior fuit veterum seueritas in *furto usus* iudicando. A. GELLIVS enim ex Labeonis libro de XII. Tabulis secundo refert, ^{p)} acria & seuera iudicia de furtis habita esse apud veteres, idque BRVTVM solitum dicere, *furti damnatum* esse, qui iumentum aliorum duxerat, quam quo vtendum acceperat, item, qui longius produxerat, quam quem in locum petierat, ideoque Q. SCAEVOIAM in librorum, quos de iure ciuili composuit, sextodecimo verba hæc posuisse: quod cui seruandum datum est, si eo usus est, siue, quod vtendum accepit, ad aliam rem usus est, ille furti se obligauerit. Quod ne quis sine exemplo dictum esse existimet, audiamus VALERIVM MAXIMVM ^{q)} qui laudauit verecundiam illius seculi, in quo tam minuti a pudore excessus puniebantur. Ait enim, multum sermonem in eo iudicio manauisse, in quo quidam *furti damnatus* fuit,

T 2

ⁿ⁾ Mandat wegen geschwinder Exequirung der Räuber und Diebe de anno 1719. §. Wir wollen auch ic. ^{o)} Siracides XX. 4. ^{p)} A. GELLIVS lib. VII. c. XV. ^{q)} VAL. MAXIM. lib. VIII. cap. II. in fin.

fuit, quod equo, cuius vsus illi vsque Ariciam commodatus fuerat, vltiore eius municipii cliuo vectus esset.

Sed is quidem, qui vtendam rem accepit, plerumque *erroris* titulo, quod putauerit dominum consensurum esse, seueritatem poenæ euitabit. l. 46. §. 7. D. *de furt.* Depositarius, vt supra obseruatum est, poena laquei ordinaria non coercetur, nisi in Saxonia electorali solenni iurisiurandi formula fidem suam obstrinxerit, sed poenam tamen *infamiæ* non euitabit, cum furti teneatur l. 1. §. 2. D. *de furtis.* Auctore enim MACRO, præses provinciæ efficere non potest, quo minus *furti damnatum infamia sequatur*, l. 63. D. *de furt.* Hoc est, quod IULIANVS & VLPIANVS itemque imperatores præceperunt, eum, qui depositi directo iudicio suo nomine ob dolum damnatus sit, *infamia* notari, l. 1. & l. 6. §. 6. D. *de his, qui notant. infam.* l. 10. C. *depos.*

Quæ cum ita sint, miror, auctorem speculi Saxonici generaliter omnes, qui alienam possessionem non inuaserunt, quamuis furtum fecerint, a nota infamiæ absoluisse, verbis: Dergleichen Diebstahl hat er daran nicht gethan, der ihm an seine Ehre, oder an seinen Leib, oder an seine Glieder gethet, weil er es ohne Entwendung gethan und nicht dieblich aus des andern Mannes Gewehren gebracht hat. II. §. 29.

Nolo te diutius tenere. Colligemus igitur sarcinas. Ex his enim, quæ adhuc copiose exposuimus, intelligetur, honeste coepta quidem constantiam desiderare, seu, si quid rei illicitæ postea interueniat, illa degenerare in delictum, neque tamen solum duntaxat exitum & euentum fortuitum spectari, sed dolum & culpam maxime: mitius autem delicta hæc puniri, si quis laceffitus aut successu & occasione deceptus in honeste coeptis defecerit, in primis, si negotium laudabile & boni exempli fuerit, errori ignoscendum esse, ne alii seueritate nimia deterreantur, contra, si dolus postea interueniat, & res mali exempli fuerit, non quidem facile poena ordinaria, sed tamen grauius animaduertendum esse, ne honesti negotii obtentu scelera regantur: seuerissime autem coercendos esse, qui fiduciam in se collocatam in occasionem improbitatis traxerint, & fidem fefellerint in honesto instituto. Atque ita quidem de *delictis, quibus honestum initium fuit*, habendum esse iudico.



LXXIII.

OBSERVATIONES

DE

OTII POENA

ET

IVRE MAGISTRATVS
IN HOMINES OTIOSOS.

AD L. III. C. DE VETERANIS.

VI IEMBERGAE, DIE . IVNII A. Q. S. P. EST CIO IO CCL.

L. III. C de veteranis.

IMP. CONSTANTINVS a. evagrio. P. V.

Veterani, qui, ex negligentia vitæ, nec rus colunt, nec aliquid honestum peragunt, sed larrociniis sese dederunt, omnibus veteranorum privilegiis exuti, poenis competentibus a prouinciarum rectoribus subiiciantur. Dat. III. id. Aug. Constantino A. VI. & Constance XI. Coss.

§. I.

Etiam magna ingenia aliquando *gestiunt*, & curis ac laboribus excussis, *volitare* aut etiam *repuerascere* cupiunt, ut LÆLIUM quoque & SCIPIONEM conchas & umbilicos in littore legisse, atque ad omnem animi remissionem ludumque descendisse audiamus. ^{a)} Quapropter, cum ne SCIPIONES quidem & LÆLIOS pudeat ex vrbe, quasi ex vinculis quibusdam, *euolare* atque ad Caietam & Laurentum talis ludere; ne miremur, ^{b)} hoc in mentem venisse, ut inter egelidos veris tepores per vrbes Asiæ volaret. Hic enim continere se non potest, sed

*Otium liber-
tatis argu-
mentum, va-
riauerunt
veteres in
otio iudican-
do, an quis
rationem
otii reddere
teneatur.*

T 3

— — mens

a) CIC. II. de oratore cap. 6. VAL. MAX. VIII. rer. mem. 3.
carin. 47.

b) CATVLLVS.

— — — mens prætrepidans auet *vagari*,
Et læti studio pedes vigescunt.

Facilius autem *otii* cupiditatem ferimus in illo genere hominum, quos interdum etiam

Insanire iuuat, — — —

quamuis

— — — audiat inuidus
Dementem strepitum Lycus, c)

vt ipso *furore* delectari & *amabili* quadam *insania* d) cum insigni voluptate sua deludi videantur. Sed hos quidem forte decepit Epicuri disciplina, qui ipsos etiam

— — — Deos *securum* agere *aenium* e)

& *otiosos* esse, hinc quemlibet tanto propius ad diuinam naturam accedere docuit, quanto longius a labore & strepitu recedat. Ita BALBO visum est ex Epicuri sententia apud CICERONEM verba facienti: *nihil enim beatum esse*, ait, *nisi quod quietum fuerit*, ipsosque Deos illam vitam degere, qua nihil beatius, nihil omnibus bonis affluentius cogitari possit: *nihil enim illos agere*, nullis occupationibus implicatos, nulla opera moliri, sua sapientia & virtute gaudere. f) Hac igitur ille *otii* commentatione vsus est, vt etiam Deorum exemplo homines erectos a republica administranda auocaret. Illud enim discriminis inter Epicurum & Zenonem fuisse SENECA g) obseruat, quod Epicurus *otium ex proposito*, ZENO vero non, nisi ex probabili duntaxat causa, sectandum esse, præceperit; cum Epicurus prohibuerit sapientem ad rempublicam accedere, *nisi quid interuenerit*; ZENO sapientem *iusserit* in republica & *negotiis* versari, *nisi quid impedierit*, ipsumque reuocauerit ab instituto.

Igitur mittamus illos *desides* & *otiosos*, qui *nihil agere*, quam *viuere* omnino maluerunt, omnemque vitæ fructum magis in somno quodam & torpore, qui *mortis* certissimam imaginem continet, quam in vita & labore & rebus illis, ad quas procurandas procreati sumus, perficiendis quærendum esse, iudicarunt. Sed magis aliquem moueat, etiam diuinum illum SOCRA-TEM, cui nulla pars sapientiæ obscura fuerit, interposita cruribus suis arundine, cum paruulis pueris lusisse, vt etiam ab Alcibiade derideretur. h)

Ignor-

c) HORAT. III. od. 19. v. 18. 22. & ANACREON. od. 31. Θέλω θέλω μανῆνα. d) id. III. od. 4. vers. 5. 6. e) id. I. ferm. 5. vers. 101. f) CIC. I. de natura Deorum c. 19. g) SENECA. d. otio sapient. cap. 30. h) VALER. MAX. VIII. rer. mem. 8.

Ignoscendum tamen senectuti incomparabilis & magni viri, qui aliquando, ut ait PLINIVS, ⁱ⁾ laborem ludo & otio, otium labore variauit. Illud autem præter expectationem, quod idem ille SOCRATES *laborem seruilibus* ingenii duntaxat delegauerit, & Ἀργίαν ἀδελφὴν τῆς Ἐλευθερίας, *otium libertatis sororem*, id est argumentum & insigne *libertatis*, esse docuerit, & generaliter prætulerit *otium labori*. Si enim ÆLIANO ^{k)} fides est, *Indorum & Persarum* exemplo utebatur SOCRATES, qui, quamuis fortissimi & studiosissimi *libertatis* essent, vitam tamen *segnitie & otio* extrahebant; cum contra *Phryges* quidem & *Lydi* ad opus faciendum aptissimi essent, sed *seruarent*; ut laborem magis seruituti, otium libertati conuenire, comprobaret.

Idem forte C. CORNELIO TACITO ^{l)} in Germanis iudicandis in mentem venit, qui miratur, eandem gentem magna diuersitate naturae *inertiam amare & quietem* odisse; cum illi Germani, qui *ignauos & imbelles*, iniecta crate, coeno ac paludibus mergebant, ^{m)} ideoque auersabantur *desidiam*, post bella tamen & victorias vitam somno ciboque transegerint: quandoquidem fortissimus quisque ac bellicosissimus *nihil agens*, delegata domus & penatium & agrorum cura feminis senibusque & infirmissimo cuique ex familia, ipse *hebescere* solitus fuerit vitamque torpore & otio consumserit: quasi hominem liberum & sui iuris & laboris & otii tempora ex suo ingenio eligere & partiri deceat, atque ad seruorum ingenium pertineat, *necessitate aliqua* laboris & studii adstringi. Ex hoc fonte deriuatum est, quod in medio etiam aetate, multi ex nobilitate germanica rus suam & tuguria aulis principum & ministeriis praeferrent, quasi magis ingenuum sit domi suae imperare & *in otio* versari, quam ex aliorum nutu & muneris impositi necessitate labores suscipere, quos ipsi non nisi sponte, aut, cum visum esset, ab homine libero subeundos arbitrabantur. ⁿ⁾

Ne tamen hoc ex Græcorum leuitate & Barbarorum ferocia profectum esse existimes, audiamus CRASSVM, qui & ipse *otium a libertate* seiungi non posse credidit, ideoque ex SCAEVOLA multum occupato quæsiuisse dicitur: *quando tandem nihil agis*, cum nemo quidem *liber esse videatur* qui non *aliquando nihil agat*. ^{o)} Omnes certe Romani opus, quod cum labore corporis coniunctum erat, auersabantur domi, artesque sellularias vel seruis, vel liberris, vel indignissimo cuique, assignabant.

Imo vero tantum multis eorum *studium libertatis* erat, ut etiam rempublicam subinde deferrent, ne ad illam administrandam cogi posse crederent.

ⁱ⁾ PLIN. VIII. epist. 8. ^{k)} ÆLIAN. variar. hist. X. 14. ^{l)} TACIT. de mor. Germ. c. 15. ^{m)} Id. ibid. c. 12. ⁿ⁾ vid. Io. Petr. a LVDEWIG disput. de opifice in pagis exule. p. 17. id. tom. I. miscel. lib. III. op. 5. p. 1153. ^{o)} CIC. II. de orat. c. 6.

rentur. Videmus enim quibusdam placuisse otium, ne quis *rationem* factorum suorum, quæ nulla erant, ab ipsis posset reposcere, cum homini libero conueniat, ut vivat *ἀνεκλόγιστος καὶ ἀνυπέυθυνος*, vitamque consumat non obnoxius rationibus reddendis. Ita quidem GALBA censuit, qui paullatim in *desidiam segnitiei*que conuersus est, ne quid materiae præberet Neroni, & ut dicere solebat, quod *nemo rationem otii sui reddere cogeretur.* p)

Vides, *studium libertatis & impatientiam obsequii* aut *rationum reddendarum* apud Romanos effecisse, ut etiam otio, quasi argumento & præsidio *libertatis* suæ, indulgentius fauerent, atque in ipso etiam otio fructum quærerent suæ libertatis. Neque tamen hoc fuit perpetuum. M. TVLLIVS enim, cui *libertas* non, nisi morte, venalis erat, multum ab otii expectendi consilio discessit, & ne *otium* quidem suum *otiosum* fuisse, ait, sed se orationes in ludis & feriis scripsisse, *ne unquam esset otiosus.* q) Non autem hoc sine exemplo factum esse credit M. TVLLIVS, sed laudat illud magnificum atque præclarum M. Catonis præceptum ex libris eius *originum: clarorum virorum atque magnorum non minus otii, quam negotii, rationem extare oportere.* r) Hoc enim videbatur homini conuenire, cum & ipsa diuina natura nunquam omnino torpeat, nunquam *nihil agat.* s) sed perpetuo aliquid, quamuis sine omnibus molestiis, efficiat & procuret ad utilitatem omnium & destinationem sapientissimi consilii exequendam.

Varie igitur de otio eiusque reddenda ratione veteres senserunt. Quam altercationem, ne quis e philosophorum ingenio enatam esse existimet, etiam de legislatoribus & iureconsultis, quam diuersas rationes in otio iudicando secuti fuerint, admoneamus. VLPIANVS certe fauet otio & libertati, & re sua quemlibet *abuti*, illam *dilapidare & negligere* patitur l. 25. §. 11. & l. 31. §. 3 D. de hered. petit. & GAIVS noster iniquum esse putat, si homini ingenuo de rebus suis collocandis aut dissipandis, aut etiam de fructu temporis & laboris sui vel quaerendo vel negligendo, non liberum omnino arbitrium relinquatur l. 2. D. si a parente quis manumissus sit. Neque CONSTANTINVS libertatem illam adstringi voluit, sed *suæ quemque rei moderatorem & arbitrum esse* & pleraque negotia ex proprio animo facere, neque de rationibus proprii negotii reddendis teneri, sed res suas libere administrare iussit. l. 21. C. mandat. Inprimis autem idem imperator *veteranis* liberaliter concessit, ut *quiete* post labores suos atque seculi *otio & pace perenniter* perfruantur. l. 1 C. de veteranis. Itaque videtur CONSTANTINVS fauere quieti & otio, & hoc dignum homine ingenuo post labo-

p) SVET. in vita GALBAE. cap. 9.
loc. cit.

q) CIC. pro Cn. Planc. cap. 27.

r) Id. I de natura Deor. 36.

r) Id.

labores peractos iudicare. Neque tamen omnibus ICtis eadem sententia placuit. Longe enim aliter censuerunt illi, qui reipublicae expedire crediderunt, *ne quis re sua male utatur*: §. 2. *Inst. de his qui sui vel alien. iur.* & qui cum PAPINIANO l. 78. §. 2. *D. de legat. 2. ignauiam* praetextantes non audiendos esse praeceperunt: qui, cum IUSTINIANO, *desides homines & sui iuris contemptores* amissione iuris & rerum suarum multauerunt. l. 3. *in fin. C. de annal. except.* Longe aliter etiam veteres censores, qui mira seueritate omnem *ignauiam & oscitantiam* persecuti sunt, ideoque homini nimis sonore *oscitanti* notam destinarunt, quasi hoc esset iudicium fluxae & apertae securitatis, quam illi in homine libero non ferendum iudicarunt. ^{t)} Imo vero idem CONSTANTINVS, qui veteranorum otio antea fauebat, illos *ad rus colendum* ablegauit, *negligentiam* illorum coerceri iussit, & honestum quid ab illis peragi praecepit. l. 3. *C. de veteranis.* Denique IUSTINIANVS, insignis fautor libertatis, ne his quidem, qui *corpore debiles* aut *canitie grauati* fuerint, pepercit, sed illos *interrogari* de vitae suae instituto, atque *ad rationes otii sui reddendas* adigi voluit, ne pigri sedeant, neque quiete sua abutantur. *nou. 80. cap. 5.* In qua re videtur imitatus esse Aegyptios, & Sardos, qui & ipsi vniuersos ciues nomen profiteri apud magistratus, & *quo prouentu aut labore victum quarent*, indicare, atque *otii sui rationem reddere* omnino voluerunt. ^{u)}

Apparet, non fuisse certum & constans de otio iudicium in republica Romana, & principes imprimis exploso fauore libertatis seuerius de otiosis hominibus constituisse. Sed ne Graeci quidem, quamuis leuitate animorum & studio libertatis maxime insignes, in eodem de otiosis hominibus iudicio perstiterunt. DRACO enim otii conuictos capitali supplicio affecit, quod PLVTARCHVS docet. ^{x)} SOLOON illos indulgentius tractauit, & ne infamiae quidem poenam, nisi contumacibus & ter ob turpe otium damnatis, irrogauit. ^{y)} Omnibus tamen accusandi otiosos facultatem dedit, ut ex DIOGENE LAERTIO discimus, ^{z)} & si PLVTARCHO fides est, Areopagitis hoc negotii dedit, ut *animaduernerent in otiosos*, ^{a)} quod etiam VALERIVS MAXIMVS ^{b)} obseruat. Illud certum est, CLEANTHEM ab Areopagitis *interrogatum* esse, quo labore & victu ad tantum robur arduum succre-

^{t)} GELIVS noct. Att. IV. 29. ^{u)} DIODORVS SICVLVS lib. I. bibl. histor. editione Wecheliana p. 69. 70. & AELIANVS var. histor. l. IV. cap. I. ^{x)} PLVTARCHVS in vita Solonis. p. 65. ^{y)} POLLUX VIII. 6. ^{z)} DIOG. LAERT. in vitis philosophorum. l. I. segm. 55. editione Meibomiana. p. 34.
 ^{a)} PLVTARCH. loc. cit. vid. Menagius ad DIOG. LAERT. p. 31. PETITVS ad LL. Atticas p. 424. & IAC. PERIZONII comment. ad Aelian. var. histor. l. 4. c. 1.
 ^{b)} VAL. MAX. II. rer. memorab. cap. 6. n. 4.

creuisset, & tunc demum absolutum, cum produceret testem hortulanum, cui noctu aquam haurire, & mulierem, cui farinam pinsere, solebat ^{c)}

Adduximus rem in ambiguum, & *varietatem* sententiarum de otio indicauimus; superest vt hanc, ex qua suborta est, illa varietas, difficultatem diluamus. Res erit expeditior, si diuersas otii species exposuerimus, vt, quale otium vel laudauerint vel coercuerint veteres, plenius intelligatur.

§. II.

*Fauemus in-
terdum otio
inprimis se-
nectutis. Oti-
um necessa-
rium, cala-
mitosum oti-
um honestum
aliud est oti-
osum esse ali-
ud nihil age-
re. Otium
utile & in-
cundum.*

Apposite VLPPIANVS noster praetorem admonuit, ne cui temere & sine *causae plenissima cognitione* curatorem daret; cum multi fere *otii causa*, vtque vacationem a muneribus impetrent, vel furorem & dementiam, vel etiam *languorem & imbecillitatem* fingant, cuius obrentu curatorem accipere & a negotiosa patrimonii sui aut reipublicae administratione liberari possint. l. 6. D. de curator. furios. Intellexit enim VLPPIANVS, esse quasdam causas, quae otium excusent, & praetorem mouere possint, vt, dato curatore, hominibus fractis & debilitatis *quietem & otium* permittat, si digni sint, vt vacatione a molestis negotiis & administratione rerum disticilium vtantur. Sed *causae cognitione* opus est, vt sciamus, *an quis iuste ad quietem & otium adspiret.*

In qua inspectione ne quid nos perturbet, atque vt certi aliquid constituamus, ita tenendum est: ad *ius* curamque *magistratus* illa duntaxat officia ciuium referri, *ad quae quis cogi potest* iure magistratus. Sed difficilis est coactio, & proxime abest a tyrannide, si cogere quem velis ad suscipienda negotia, quae *viribus* occultis, inprimis virtute animi & patrimonii facultatibus, administrantur. Harum enim occultarum virtutum cum quisque solus sibi sit plerumque conscius; quam facile iniuriam magistratus ciuibz faceret, si illis imponeret necessitatem officii, cum ipse ignorer, an ciuibz facultas competat illius officii perficiendi.

Quae cum ita sint, apparet, *ius cogendi*, de quo diximus, tunc demum magistratibus municipalibus tribuendum esse, si officium exigunt, ad quod exequendum vires ciuium *manifeste & indubitate sufficiunt*, vt de facultate & causa officii praestandi morali certitudine in iudicio *conuinci* posse videantur.

Igitur in otio iudicando & poenis otii constituendis in primis expediendum est, num ille, qui vitae otiosae reus agitur, *idoneus* sit negotiis perficiendis, vt culpa quadam sua ad otium & segnitiam deflexisse videatur. Igitur faciemus operae pretium, si de diuersi otii natura diligentius dispiciamus. Et primum quidem obseruandum est, aliud otium esse *vacationem turbarum & molestiarum* aut certe cessationem laboris ferii atque ad utilitatem praesentem

c) DIOG. LAERT. in vit. philosoph. lib. VII. segm. 168.

sentem pertinentis, aliud *vacationem omnis negotii*, cum *nihil*, data opera, *agimus*, sed soli genio naturæ indulgemus. Hanc ultimam speciem ATTILIVS apud PLINIVM SECVNDVM IVNIOREM ^{d)} priori otio, in quo turbis & molestiis duntaxat recedimus, opponit, dum, satius esse, ait, *otiosum esse*, id est, a labore molesto se expedire, *quam nihil agere*, hoc est, ut antea diximus, plena remissione animi, sine vlla contentione virium, naturæ duntaxat vacare & omnino quiescere. Hoc *otium*, cum *plane nihil agitur*, veteres subinde *otiosum otium* ^{e)} dixerunt, & de hoc CRASSVS intelligendus est apud M. TVLLIVM, ^{f)} cum ait, hominem liberum non esse, *qui non aliquando nihil agat*, seque hoc animo ad CATVLVM venisse, ut *nihil ageret & plane ac penitus cessaret*.

Habes duas species otii, alteram, in qua *turbis molestisque nos liberamus*, quam solemus *pacem & otium* dicere, alteram, in qua *nihil agitur*, seu *otiosum otium*, cui & ipsi interdum honestum *pacis* nomen imponi CORNELIVS TACITVS observat. ^{g)} Hæc prima est partitio; sed accipe etiam alteram, quæ ex *caussa*, propter quam otium habemus, deducta est, quandoquidem otium porro, vel *necessarium* in quod indicimus &, inuiti etiam, necessitate quadam deducimur vel *liberum* est, quod voluntate nostra eligimus. Sed *liberum* illud, si ex *fructu & effectu* rem æstimes, vel *utile* est vel *iners & superuacaneum*, utrumque vel *iucundum* vel *molestum*, denique si otium ad rempublicam referatur, vel *honestum*, quod cum studio & spe quadam utilitatis communis coniunctum, vel *damnosum*, per quod cuiquam ius quæsitum extorquetur, vel denique *innoxium*, quod neminem lædit, & solius hominis otiosi arbitrio permittitur. Non poenitebit nos studii, si per singulas species eamus. Et primo quidem *de otio*, quod *pacem* diximus seu *vacationem turbarum & periculorum*, nemo dubitat, quin illud etiam *necessarium* sit, & *honestum*, & ab omnibus expetendum, ut nihil iuris esse possit magistratui in illos coercendos, qui communi pace & otio fruuntur. Hoc

Otium diuos rogat in patente

Prenses Aegæo — — — cet.

— — — nongemmis, neque purpura venale nec auro. ^{h)}

Hæc est requies illa certa laborum, sine qua perdurare non possumus ⁱ⁾ Hoc otium veteranis CONSTANTINVS tribuit, ut *pace & otio* seculi & *quiete* post labores suos perenniter perficiantur. *l. 1. C. de veteranis*. Hoc otium Deus nobis facit: ^{k)} huius otii *dulcedine* POMPEIVS, post hostes deiectos, totam ciuitatem recreauit & animos omnium pellexit. ^{l)}

V 2

Ha-

^{a)} PLIN. I. epist. 9.

GELLIVM noct. Att. I. XIX. cap. 10.

CITVS annal. XIV. 39.

III. Aeneid. vers. 393.

^{e)} CIC. pro Cn. Plancio cap. 27. & ENNIVS apud

^{f)} Id. II. de orator. cap. 6.

^{h)} HORAT. II. carm. 16. v. 1. seq.

^{k)} Id. eclog. I. vers. 6.

^{g)} TA-

ⁱ⁾ VIRGIL.

^{l)} TACIT. annal I. cap. 2.

Habes otium, quod curis & periculis vacuum est, quæ animum perturbant, ut rebus grauib; diu sufficere non possimus. Sed est etiam aliud non minus *necessarium*, cum, quamuis extra *periculum*, a *contentione* animi & labore serio interdum *remittimus*, ut spiritum atque animum quodammodo recipere & colligere quæamus & confirmationes ad negotia redire. Hanc remissionem animi omnes appetimus laboribus & negotiis perfuncti: nam

— — quid solutis est beatius curis
Cum mens onus reponit, ac peregrino
Labore fessi venimus Larem ad nostrum,
Desideratoque acquiescimus lecto?
Hoc est, quod unum est pro laboribus tantis. m)

Tale est iucundissimum illud otium, cuius studio ipsam etiam *mortem*, periculi huius strepitus & tot incommodorum, quibus vita dstringitur, non auersamur. Felices enim iudicamus

— — — quibus est fortuna peracta
iam sua n)
Et placida qui morte quiescunt. o)

Huius iucunditatis recensatione ipsa sepulchra in marmoribus antiquis *securitas æterna*, p) *quies æterna*, q) *somnus æternus*, r) *domus æterna*. s) *quietoria* t) appellata sunt, quæ multi sibi viui faciebant, fatum commune præuenientes, u) ut præciperent dulcedinem *iucundissimæ quietis*.

Non multum ab hac specie recedit *otium senectutis*, ad quod illa ætas, etiam amplissimis rebus perfuncta, *tanquam in portum* confugit *ut honestissime quiescat*. x) Hoc quidem consilio HORATIVS ELACCVS y) tempestiue locum quendam circumspexit, ubi

Sit suæ sedes utinam senectæ
Sit modus lasso maris & viarum,
militiæque.

Hac mente senes tot labores perferunt, ut tandem

— — — in otia tuta recedant. z)

Ita quiescit

Phasellus ille, quem videtis hospites,
Qui ait, fuisse nauium celerrimus,

Ne

m) CATVLLVS Carm. 32. n) VIRGIL. Aeneid. I. III. vers. 493. o) Id.
ibid. l. IX. vers. 450. p) GRVT. oper. inscript. tom. I. p. 382. q) Id.
tom. I. § 25. n. 6. § 67. n. 8. 664. n. 10. 675. n. 6. 706. n. 6. r) Id. tom. II.
p. 922. n. 9. s) Id. ibid. p. 790. n. 5. & 903. n. 6. t) Id. ibid. p. 810.
n. 2. p. 1131. n. 11. u) Id. ibid. p. 810. n. 2. x) CIC. in Bruto seu de
clar. orat. cap. 2. y) HORAT. II. carm. 6. vers. 6. 7. z) Id. I.
serm. 1. v. 31.

Neque vllius natantis impetum trabis
Nequisse præterire, siue palmulis
Opus foret volare, siue linteo. ce.
Sed hæc prius fuere: nunc recondita
Senex quiete, seque dedicat tibi
Gemelle Castor, & gemelle Castoris. a)

Est igitur otium senectutis *necessarium & iucundum & otiosum* interdum, si plane repuerascunt senes, & aliquando etiam *honestum*. *Honestum* autem dicimus, in quo quidem senes a *laboribus molestis*, & qui corpus maxime fatigent, vacatione aliqua vtuntur; sed retinent tamen ingenia *b)* & habent aliquid adolescentuli, *c)* vt consilio, facilitate, rerum peritia utilitatem plurimum amplificent & confirment. Venit enim his senibus aliquando in mentem illud apud Virgilium Maronem:

Si mihi quæ quondam fuerat, quæque improbus iste
Exultat fidens, si nunc foret illa iuuenta. d)

Audiamus M. TVLLIVM, cuius *senectus* quærit otium, tanquam portum, non inertiae neque desidiæ, sed *otii moderati* atque *honesti*. *e)* Hi sunt senes illi, qui *posteritati serunt arbores* in vsum futuri seculi, quamuis fructum illarum sero prouenturum ad se non pertinere sciant, vt ait STATIVS in SYNEPHEBIS. *f)*

Et fauent certe leges nostræ *otio honesto senectutis*. Hoc enim otium si sectentur senes, secundum CALLISTRATVM, senectus semper est venerabilis, vt Romani pene eundem honorem senibus, quem magistratibus, habendum esse indicauerint. *l. 5. pr. D. de iure immunit.* Hinc enati sunt honores illi, quibus non solum a Romanis, sed etiam a Lacedæmoniis senectus ornata est ex legibus Lycurgi, de quibus A. GELLIVS exponit. *g)* Hoc agnouerunt illi, qui *senibus vacationem* dederunt *munerum ciuiliū*, quæ corporis vexationem maxime haberent. *d. l. 5. pr. D. de iure immunit. l. 2. D. de excus. l. 3. C. qui ætat. vel profess. se excus. & l. vn. C. qui ætat. se excus.* Ex hoc fonte deriuata sunt amplissima illa *veteranorum beneficia* immunitatis, quæ CONSTANTINVS illis liberaliter confirmauit, *l. 1. C. de veter.* sed hac lege, si *honestum quid* egerint; cum contra, si *negligentius* viuant, & neque rus colant, neque in alio *honesto* negotio versentur, beneficiis omnino exuantur. *l. 3. C. de veteranis.*

Accepisti honestum otium senum cum spe utilitatis & occupatione aliqua coniunctum, sed necessarium tamen & quo carere nequeant. Hæc necessitas efficit, vt, si vires plane defecerint, etiam in *otioso otio*, si *nihil agere* omnino possint, ipsis decrepitis ignoscamus.

V 3

Sol.

a) CATVLLVS carm. 4. b) CIC. de senect. cap. 7 c) Id. ibid. cap. 11.
d) VIRGIL. V. Aeneid. vers. 397. 398. e) CIC. in Aruto s. de clar. orat. c. 2.
f) Id. de senect. cap. 7. g) GELL. II. noct. Attic. cap. 15.

Solue senescentem mature sanus equum, ne
Peccet ad extremum. *h)*

Huic quieti tantum abest, ut magistri artis nostræ inuideant, ut etiam PAVLLVS illud legatum *ad honorem ciuitatis* relictum esse censeat, quod in alimenta ætatis infirmæ, inprimis seniorum, erogandum sit, *l. 122. pr. D. de legat. 1.* quasi non satis honorata sit respublica, in qua senes egeant, & post labores suos indigne habeantur. Hoc etiam agnouit Q. HORATIVVS FLACCVS, qui inter vota secularia, quæ pro republica faciebat, primo loco illud collocauit.

DI, probos mores docilis inuentæ,

DI, senectutis placidæ quietem

Romulæ genti date, remque prolemque

Et decus omne. *i)*

Quæ de senibus diximus, etiam ad illos iuniores pertinent, quos vel corporis quædam debilitas vel alia calamitas improuisa ita infirmauit, ut necessario vacatione aliqua utantur. Hoc & ipsum vel otiosum est, si vires penitus fractæ sint, ut quis sola conscientia recte factorum & temporis præteriti ac futuri se consolari possit, vel etiam otium honestum, si quis in illis necessitatibus, utcumque possit, bene de republica studeat mereri. Hoc M. TVLLIVS calamitosum otium appellat & collaudat PHALEREVM DEMETRIVM, qui, iniuria pulsus ciuitate, ad PTOLOMÆVM se recepit, & multa præclara scripsit in illo calamitoso otio, non ad vsum aliquem suum, quo erat orbatus, sed animi cultus ille erat ei quasi quidam humanitatis cibus. *k)*

Fauemus igitur otio honesto, etiam necessario & calamitoso. Sed eruditi homines in primis, etiam voluntate sua, eligunt dulcissimum & honestissimum otium, dum se a strepitu fori & negotiorum ad musas suas recipiunt, & historias scribunt aut philosophantur, qua re nihil dulcius honestiusque esse, ait PLINIVS SECVNDVS. *l)*

Si quis clientum longa negotia

Diudicata lite relinqueret,

Tendens Venafranos in agros

Aut Lacedæmonium Tarentum.

Ex hoc otio prodierunt illi dulcissimi libelli, quos a veteribus subinde otia appellatos esse nouimus. *n)* Imo vero veniam damus etiam iucundo isti & utili otio litteratorum hominum, in quo nihil agunt, quod ait CRASSVS noster, *o)* ut hac relaxatione animum ad futura negotia confirment. Hoc
utile

h) HORAT. I. epist. 1. vers. 8. 9.

i) Id. carm. secul. vers. 45. seq.

k) CIC.

V. de finibus. cap. 19.

l) PLIN. I. epist. 9.

m) HORAT. III. carm. 5.

vers. 53 seq.

n) Ouid. II. tristium eleg. sing. vers. 223.

Lusibus ut possis aduertere numen ineptis

Excultasque oculis otia nostras tuis.

o) CIC. II. de orat. cap. 6.

utile & iucundum otium possis etiam *honestum* aut certe *non inhonestum* appellare, cum, qui *bene de se meretur*,^{p)} dato quodam sibi otio & laxamento, hoc ipso, quod ait SENECA, p) aliis profit de republica bene mereatur. Hoc otium etiam in cultu Deorum HORATIVS FLACCVS pefiderat, vt

— — — — vacet otioso

Cum boue pagus. q)

§. III.

Satis, credo, intelligis, quid inter otium *necessarium*, *liberum*, *utile* ^{Otium dulce,} & *honestum* discriminis interfit, & quam illæ species excusationem habeant, si ^{otium inter-} de otio cognoscendum sit. Superest, vt de *otio iucundo* & *molesto* videamus. Et antea quidem obseruatum est, *otium* illud *honestum*, quod cum ^{otium inter-} occupatione aliqua coniunctum sit, litteratorum hominum inprimis, *iucundum* & *de-* ^{otium inter-} *diffinnum* videri & animos mirifica dulcedine demulcere, vt multi tunc se beatos esse iudicent si post labores serios ipsis otium reddatur. Generaliter autem obseruandum est, non solum corpus, sed etiam animum quodammodo refocillari *otio* & *remissione temporaria*; cum occulto quodam sensu hominis ingenium admoneatur, vires & mentis corporis debilitates, nisi quiete interiecta resuscitentur, tandem deficere.

Illud tamen disputatione non indiget, *quietem per se* non expetendam esse, sed *ex causa* duntaxat: & tanto magis quemlibet a perfectione naturæ, quæ in studio & contentione consistit, abesse, quando magis otii & quietis indigeat. r) Nimirum, vt quisque est melior, ita acrius accenditur quibusdam igniculis naturæ, qui animum impellunt ad negotium suscipiendum & moliendum aliquid, exemplo diuinæ bonitatis, ex quo fructus quidam & utilitas aliqua sperari possit. Igitur *recreamur* quidem otio, sed nullis tamen rei facilius, quam *otii*, *tædio* attingimur, & properamus tandem ad laborem, cuius consuetudine omnes boni ita afficiuntur, vt nisi aliquid effecerint, omni sensu iucunditatis exuantur. Plerosque enim si audias, de *fastidio otii*, aut de *otio molesto*, conqueruntur. Recte obseruat SENECA, s) quod vitam, in tanta varietate iucunditatum satietas sui occupare non possit; sed quod *iners otium* duntaxat *vitam* nobis *odiosam* faciat; quasi sentiamus, nos non ad torporem, sed ad res efficiendas, a natura procreatos esse. Scilicet per se *alacris* & *viua* est hominis natura, nisi aliquid interueniat, quod illam frangat aut obturet. Quæ cum ita sint, necesse est, animum, a labore serio auocatum, *quærere materiam*, in qua occupetur, & vel dilabi in cogitationes rerum, *quibus assuetus* est, & lasciuire, vel, si omnia alia deficient, *se ipsum* & conditionem rerum, quæ nos circumstant, *contemplari*: qua re euenit, vt, cum plerique studio *rerum ineptissimarum* men.

p) SENECA. de otio sapient. cap. 30.

q) HORAT. III. carm. 18. vers. 11. 12.

r) SENECA epist. 87.

s) Id. epist. 78.

mentem corruperint, *per otium ad ineptias suas redeant* atque insanire videantur. Hoc sensit CATVLLVS noster, qui, cum multas ineptias protulisset, tandem ad se redit, & se ipsum auersatur :

*Otium, CATVLLI, tibi molestum est,
Otio exultas, nimiumque gestis. t)*

Per otium igitur solent homines cogitatione ad id reuerti, quod ipsis familiare est, & si hoc non inueniant, indignari & *conqueri de otio molesto*. Recte igitur PLINIVS noster, nihil, ait, hominibus *otiosis* esse *curiosius*: semper enim seiscitantur & quærunt, in quo pascant animum & reponant. ^{u)} Hinc *militēs*, vi & impetu res administrare *sueti*, deinde otiosi, plerumque vim innocentibus faciunt, & si hostem non inueniant, ad *iniurias* & *latrocinia* discurrunt, quod CORN. TACITVS, ^{x)} & CONSTANTINVS in l. 3. *C. de veteranis* obseruarunt. Certe milites illi, apud ENNIVM in *Iphigenia*, res feliciter manu gerere soliti, indignissime ferebant maliciam & quietem ventorum, quæ profectiōnem morabatur & cupidissime expectabant tempus, quo ad labores reuerti possent. Ita enim illi:

*Otio qui nescit vti, plus negoti habet
Quam quum est negotium in negotio.
Nam cui quod agat institutum est; nullo negotio
Id agit, studet ibi, mentem atque animum delectat suum.
Otioso in otio animus nescit quid velit.
Hoc idem est, neque domi nunc nos, nec militiæ sumus,
Imus huc, hinc illuc, quum illuc ventum est, ire illinc lubet
Incerte errat animus, præterpropter vita viuitur. y)*

Hac de causa videas omnino multos, feminas imprimis, si materiam exercendæ virtutis non habeant, *comendo*, calamistris, cupediarum apparatu, plus negotii habere quam in ipso serio labore. Hinc enascitur *desidiosa occupatio* & *iners negotium*, quo multi omnino sibi ipsi molesti sunt. ^{z)}

Sed, ut diximus, si aliis rebus non assuetus sit animus, se ipsum & illa, quæ circumstant, cogitat, & cum vbique inueniat *sensum* aliquem *incommodorum* & miseriarum, quibus vita hominum affligitur; necesse est illum perturbari & otii molestias fastidire. Lepide quidem PVBLIVS SYRVS ille, qui faceciis suis libertatem meruit, interrogatus, *quid sit otium molestum?* respondit, *podagricos dolores otium molestum parere*; ^{a)} sed non solum in otio illo necessario, verum etiam in hoc, quod eligimus, plerique boni inueniunt aliquid, quod ægrius illos afficiat, ut malint ad laborem & studium reuerti. Hinc enatum est Græcorum illud adagium: *Πρόγμ' ἐξ ἀπρά-*

t) CATVLLVS carm. 52.
ribus Germ. c. 44.

u) PLIN. IX. epist. 32.

x) TACITVS de mo-

y) ENNIVS apud GELLIVM. XIX. noct. Attic. cap. 10.

z) SENEC. de breuit. vit. cap. 11. & 12.
lior. cap. 2.

a) MACROBIVS II. saturna-

ἀργαίᾱς, ex otio plerumque negotium oritur. Sensit hanc humani ingenii indolem ille mercator, apud HORATIVUM FLACCVM, ^{b)} qui

Luēntem Icaris fluctibus Africum
— — — metuens, otium & oppidi
Laudat rura sui: mox reficit rates
Quassas, indocilis pauperiem pati.

Raro igitur in otio otioso, in quo nihil prorsus agitur, quisquam diu subsistit, sed quærunt plerique otium, in quo, a seriis occupationibus retrahiti, ad consuetudinem suam, quæ plerumque praua est, redeant cum sensu aliquo iucunditatis. Hæc iucunditas varietatis, quæ & ipsa tamen sæpe optimis quibusque molesta est, efficit, ut quidam consuetudinem otii contrahant, & cum possent, sine magno suo incommodo, aliis prodesse, temere & cum detrimento ciuitatis otientur. Opportune enim FABIVS QVINCTILIANVS admonet, nimias remissiones consuetudinem otii parere. ^{c)} Sed hanc consuetudinem otii, nulla necessitate inductam, otium iners, negligentiam vitæ, segnitiam, desidiam, torporem appellamus. In otio inconcusso iacere, non est tranquillitas, malacia est, quod SENECA noster observauit, ^{d)} Hoc est inertissimum illud & desidiosissimum otium, ad quod Romani Capuam, demtis honoribus, & omni procuratione rerum ciuiliū interdicta, perduxerunt. ^{e)} Hanc negligentiam vitæ in veteranis accusat CONSTANTINVS, si neque rus colant, neque aliquid honesti moliantur; l. 3. C. de veteran. accusat etiam ARIVS MENANDER in milite inprimis, si remansor fuerit, aut segnis & negligens suorum l. 5. §. 6. D. de re militari. Hoc est segnitiae crimen & languor simulatus, quo milites capitis supplicium merentur. l. 6. pr. & §. 5. D. de re militari. Hoc sensu IUSTINIANVS mendicantes validos, qui corpore vigeant, segnes, pigros, inutilia terræ onera appellat. Nou. 80. c. 5. Hæc est illa magna negligentia, quam PAVLLVS culpam & dolum aut certe dolo proximam appellat. l. 226. D. de verb. sign. Nostræ quidem leges illos, qui de consuetudine otiantur. Saullenzer, Herrenloß-Gesinde, Müßiggänger frequentissime appellant, & seuerè persequuntur. Vid. reuidirte Landes-Ordn. in dem Marggrasthum Nieder-Lausitz de an. 1669. tit. 8. §. 6. Mandat wider die Bettler, Landstreicher und ander böses Gesindel, dat. Dresßden, d. 7. Dec. 1715. Mandat wider das Bettel-Wesen dat. Dresßden, d. 5. April 1729. & Mandat das Armen-Bettel-und Brand-Wesen betreffend, dat. Dresßd. d. 13. Dec. 1730. Sed hic quidem, in Saxonia electorali inprimis, si propter consuetudinem otii, durch ihr Verschulden, bonis lapsi sunt, benefici-

^{b)} HORAT. I. carm. I. vers. 15. seq.

^{c)} QVINCTILIANVS instit. orat. I. c. 3.

^{d)} SENECA epist. 67.

^{e)} CIC. II. de. l. agrar. cap. 33.

neficiis pauperum exuuntur, & *insigni infamia* notantur, Mandat wider die Banqueroutiers, dat. Dresden, d. 7. Jan. A. 1724. §. 12. quod ex ipsa etiam formula iurisiurandi a pauperibus præstandi: Daß sie so viel, als erfordert wird, nicht zu verdienen oder aufzubringen wüßten, non obscure colligitur. *Ord. process. rec. elect. Sax. tit. I. §. 10.* Sed de hac re deinceps locus erit exponendi.

§. IV.

Otium vel innoxium est Odio igitur aut certe *contemptu* dignissimum est *iners, segne & desidio-*
vel reipub. sum illud *otium*, seu *consuetudo otii*, quo illi contaminantur, qui, *cum*
damnosum, possent, nolunt pluribus prodesse, de quo capite proximo exposuimus. Sed
otium luxu- priusquam de hac turpitudine coercenda iudicamus, vnum adhuc obseruan-
riosum & dum est, segne & iners illud *otium* aliquando quidem reipublicæ *graue & mo-*
delicatum lestum, ideoque animaduersione quadam compescendum, aliquando *suspe-*
otium da- ctum duntaxat, interdum etiam *innoxium* videri. Vt vero de *innoxio* pri-
munosum est, mum videamus; illud nobis dicitur *innoxium*, quod, quamuis spem fru-
cum aliis ctus maioris & commodi, ab otiosis illis procurandi, reipubl. intercipiat,
quibus labo- adeoque contemptu non careat, tamen *cum damno positiuo & incommodo*
res nostri ob- reipublicæ non coniunctum neque aliis molestum, sed soli otioso iucundum
stricti sunt est; quod facilius ferimus in republica bonorum. Hoc otio vtuntur, qui,
ius quæsi- cum *sibi viuere* videri velint, *ventri, somno & libidini* interdum *viuunt*, &
tum inter- veluti timida & inertia quædam animalia res & homines fugiunt ipsique *de-*
uertitur. *litescunt.* f) Horum quis *otium* possit *delicatum*, & si cum magno sum-
tu coniunctum sit, *luxuriosum* appellare. Hi quidem otiosi, quando opi-
bus instructi sunt, & suarum facultatum copia, *sine cuiusquam iniuria*,
vtuntur, aut *contenti sunt suo & paruo*, aliis non molesti sunt, sed, quod
M. TVLLIVS ait, g) *vita* horum otiosorum *facilior & tutior & minus aliis*
gravis est, quamuis fructuosior hominum generi atque ad claritatem am-
plitudinemque aptior *vita* eorum, qui se ad rempublicam & ad res magnas
gerendas accommodauerunt. Imo vero possis etiam ex otiosis illis hunc
fructum expectare, quod ipsi se & familiam alant, liberos etiam forte gene-
rent & educant, pecunias in *pauperes* quosdam, maxime in seruulos & mi-
nisteria, erogent, prouentum vectigalium sumtu suo augeant, atque opes
suas inter plures partiantur. Sed in hos certe conuenit illud, quod GAIUS
& VLPIANVS antea monebant, iniquum esse, si ingenuo homini non li-
berum sit rerum suarum arbitrium l. 2. D. si a parente quis manumissus sit.
l. 25. §. 11. l. 31. §. 3. D. de hered. petit. l. 21. C. mandat. Horum *otium*
minus quidem honoratum, sed neque animaduersione tamen semper dignum
est, neque magistratui municipali, sine grauiore causa accedente, *inquirendi*
aut

f) SENECA epist. 55.

g) CIC. I. de offic. cap. 11.

aut feuerius interrogandi facultatem dare videtur. Cauendum enim, ne opulentiores, imprimis exteri, deterreantur, & auersentur nostras ciuitates, si videant, non tutas apud nos esse diuitias, nec licere cuiquam ex ingenio viuere sine cuiusquam iniuria, quod *hominis ingenui libertati* imprimis conuenire plerique arbitrantur. Et generaliter, quod *cap. II.* sub initium comprobauimus, durum est, magistratus de illis officiis iudicare, quæ non *manifestis* sed *occultis* viribus nituntur. Habent vero *otiosi illi* omnino multa, quæ prætexere possint otio suo, quod minus quidem fructuosum, sed nemini molestum est. Possunt languorem animi, vires fractas, ingenium tardum & obtusum, amplitudinem rei familiaris, negotiosam patrimonii administrationem, sollicitudinem, quam liberorum educatio desideret, metum periculorum & potentiorum, obtendere, quæ omnia illis excusationem aliquam pariunt, qui *laborem extraneum* fugiunt, & domi suæ duntaxat occupantur. Durum fuit, AREOPAGITAS Cleanthem, studiis liberalibus deditum, ex hac sola causa, quod artibus robustis vteretur, in ius vocasse, & quo prouentu se aleret, interrogasse. ^{h)} Multo rectius ALEXANDER imperator interdum bono & honesto viro necessarium esse, ait, taceri *secreta patrimonii*, non autem aes alienum prodi intempestiue contra patrisfamilie vtilitatem. *l. 2. C. de aliment. pupill. præst.* Clarius etiam THEODOSIUS & VALENT. nihil durius esse & inhumanius docent quam *publicatione pompæque rerum familiarium*, & *paupertatis detegere vilitatem*, & inuidiæ exponere diuitias. *l. 2. pr. C. quando & quibus quarta pars debeat.* Apposite auctores statutorum Lubbenensium articulo IX. feueritatem, qua in homines otiosos vrbe eiiciendos vsi sunt, temperandam esse censuerunt in illis, qui *bona immobilia* possident, aut aliunde habent, quo ipsi cum familia alantur. Kein ledig Geselle, der nicht Erbgüter hat, davon er sich aufhalten möchte, soll nicht in der Stadt müßig gehen, und wer befunden, daß er länger als 8. Tage müßig und ledig gienge, und nicht arbeiten wollte, den will der Rath hinförder in der Stadt nicht leiden, er sey einheimisch oder fremde. Imo sapientissima lege regia & electorali Saxonica, dat. Dresenæ die XXVII. Iulii 1719. Von geschwinder Exequirung wieder die Diebe und Räuber §. Wiederholen demnach &c. qua homines otiosos conquirendos & carceri mancipandos esse præcipitur, excipiuntur illi, qui se ipsos alunt & nemini molesti sunt, welche anzugeben wissen, wovon sie sich ehrlich und redlich nehren, quibus nullum magistratus negotium facessit.

Facilius igitur parcimus *otiosis illis opulentioribus*, quibus fortunæ liberalitas largius prospexit. Eleganter hoc expressum est ipsa veteri formula apud PAVLLVM, ⁱ⁾ qua prodigis bonorum administratione interdi-

X 2.

citur:

^{h)} DIOGEN. Laërt. in vit. philosoph. lib. VII. segm. 165.
cept. sentent. tit. 4. §. 7.

ⁱ⁾ PAVLVS III. re-

citur: quando tua bona paterna auitaque *nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis*, ob eam rem tibi ea re commercioque interdicto. Ex quo loco apparet, tunc demum prætoris officio locum dari, si quis suosque ad egestatem videatur perducturus, quia hoc cum incommodo reipublicæ coniunctum est, atque in otium *turpe ac damnosum* degenerat, ob *necessitatem alendi*, quæ, bonis dissipatis, ciuitati & magistratui imponeretur. Illas tamen species excipiamus, in quibus aliis priuatis vel ipsi reipublicæ labores nostri ita obstricti sunt, vt aliis *ius plenum & quæsitum* competat, quod *sine illorum damno* interuerti non posse videatur. Tunc enim otiosi illi, etiam luxuriosi & inertes, otii sui *rationem* magistratui reddere tenentur, & in ius vocari possunt: vt, ecce, si *ad prodigalitatem* otiosus conuertatur. Tunc enim prætor causa cognita, & plerumque, si quis plus, quam dimidiam partem bonorum, sine causa idonea, *luxuriose* consumserit, homini otioso bonis interdicat. *l. 15. D. de curat. furios.* Publice enim damnosum est illud otium cum magna *negligentia* coniunctum. Sed occurrit etiam alia species, quæ ad magistratus officium pertinet, si res ciuium aut operæ aliis iure perfecto obstrictæ sint, quo casu delicatis illis laborem fugere & otiosi aut res suas luxu dissipare, cum damno aliorum, non permittimus. Igitur qui bonis lapsi sunt, cum creditoribus tenerentur, & res suas otio & luxu dissiparunt, iustissima lege Saxonica insigni infamia notantur. *Mandatum supra citatum wider die Banqueroutiers. §. 12.* Eadem dicenda sunt de his, qui *operas* suas *locauerunt*, aut *corpore* etiam suo aliis *obnoxii* sunt, vt, *homines proprii*, aut rusticorum soboles, operas in primis rusticas præstare solita, & per libidinem otiosa. Hæc enim generaliter ad seruitia pro mercede præstanda, zum Zwang-Dienste, dominis iurisdictionis cum iure protimeseos obstringitur, Königl. Pöhl. und Churfürstl. Sächsl. neue Gesinde-Ordnung tit. 7. n. 2. Abscisse, qui sine iusta causa tergiuersantur operas præstare, & otiosi viuunt, & tempus opportunum duntaxat, quo mercedes largiores postea exigere possint, expectant, die neuen Einkömmlinge, alles dienstlose und müßige Gesindel, so bey den Eltern oder andern auslieget, und die meiste Zeit in Faulheit und mancherley Unfug und Uppigkeit zubringet, ingleichen dasjenige, so der Bauer-Arbeit gewohnet, und bey herannahender Ernte die Hauswirths übersetzet, multa aut carcere ad officium adiguntur. *Neue Gesinde-Ordn. tit. 1. §. 1.* Habes alteram speciem, in qua animaduertit magistratus in homines otiosos & inertes. Sed & alia species obuenit, si *de muneribus publicis & civilibus*, de tutela, cura suscipienda & aliis similibus quaeratur. Hos enim labores otiosi illi, sine iusta excusatione, non effugient. *l. 1. pr. D. de vacat. & excusat. mun.* Hæc enim munera necessaria dicuntur. *d. l. 1. pr. D. vacat. & excus. mun.* ad quæ obeunda quilibet ita obstrictus est, vt illis sine causa idonea se subtrahere non

non possit. Porro, si *tributa & vectigalia* aut *alia onera*, quæ *pecuniæ erogationem* habent, imponantur, luxuriosi illi opulentiores impune delitescere & partem oneris subterfugere non possunt. In his enim in primis *opulentiorum* habetur ratio, vt ne veteranis quidem & senibus parcatur. *l. 5. pr. D. de iure immunit.* Extremo, si ex ipso genere vitæ & *clandestinitate* atque occultatione rerum omnium aliquid monstri elucescat, aut aliquid accedat, quod suspicionem delicti pariat, magis *damnosum otium* videtur, per quod ipsa securitas publica in periculum adducitur. Sed de hoc argumento capite sequente diligentius trademus.

§. V.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, intelligetur, quando *otium innoxium* etiam luxuriosum & delicatum excusationem inueniat, vt, quamuis *innoxium* fructuosum sit, tamen, quia societatem plurimum *damno positivo* non afficit, non semper locum *coactioni* faciat; & potius *præmiis* diligentiae *propositis*, quæ etiam otiosos excitare possunt, corrigendum esse videatur. Sed, vt diximus, cum otium illud otiosum & segne profecto non fructuosum sit, reipublicæ, & plerumque contemptum pariat, dubitari non potest, hoc otium, si quid aliud rei illicitæ & minus honestæ accedat, facile *otii turpis damnosum* naturam induere, aut certe suspicionem delicti parere, quæ ipsa suspicio tamen pacem & securitatem reipublicæ perturbat illamque implet solitudine, ideoque molesta & damnosa est societati bonorum, ac locum facit officio prætoris. Vt primo loco de ipsa *inertia*, proprie sic dicta, seu de vitio illorum, qui *nullam artem* exercent, dispiciamus; apparet, illam quidem per se *delicti* naturam non habere & interdum culpa etiam vacare, cum plerumque a negligentia *educantium* pendeat, quod liberi nulla arte, publice priuatimque utili, in ipsis annis pueritiæ imbuti sint; sed crudi & rudes in ciuitatem protrudantur.

Videtur itaque *innoxia* esse *inertia* & imperitia, quæ desidiæ seu otio desidio subinde comparatur. *l. 24. C. de testam. & quemadm.* Facillime autem, si quid *indicium* malæ causæ se prodar, *suspecta* sit *inertia* hominum otiosorum, qui nulla arte instructi sunt, vt merito a magistratu homines inertes compescantur; hinc sæpissime in legibus nostris, maxime Saxonis, coniunguntur homines inertes & suspecti; *Leute die keine gewisse Handthierung haben, Müßiggänger, gottloses und liederliches Gesindel, liederliches Volk, verdächtige Personen.* Mandatum wegen geschwinder Exequirung der Räuber und Diebe, dat. Dresden d. 27. Iul. 1719. Mandat wider das Bettelwesen, dat. Dresden d. 5. Apr. 1729. Mandat wider die Bettler, Landstreicher und ander loses Gesindel, dat. Dresden d. 7. Sept. 1715. Mandat das Armen Bettel- und Brandwe-

sen betreffend, dat. Dresden d. 13. Sept. 1730. Et profecto habet rationem, quod homines desidiosi & inertes in republ. suspecti videantur. Plerique enim, si nihil habeant, in quo occupentur, quærunt materiam, in qua animum exerceant atque per otium, ut capite III. pag. 19 sq. comprobauimus, ad *consuetudinem*, quae plerumque in hominibus male educatis praua est, redeunt, ideoque lasciuiunt & proni sunt in omnia delicta, quod etiam SENECA ^{k)} & OVIDIVS NASO ^{l)} obseruarunt. Hinc recte ille apud TERENCEM ^{m)}, cum multa vitia notasset, tandem ait:

Nulla adeo ex re istuc fit, nisi ex nimio otio

itemque alio loco

Videsne *otium* & cibus quid faciat alienus. ⁿ⁾

Quae cum ita sint, in delictorum *suspicionibus* eruendis, si FABIVM QVINCTILIANVM audias, ^{o)} multum refert, *labor* an *otium*, *vigilia* an *quies* praecesserit, cum ex ipso otio subinde nascatur indicium delicti. Ipsi etiam haereticorum grauissimi errores dicuntur ex otio exorti. Audiamus DIOCIETIANVM & MAXIMIANVM, qui in pulcherrimo edicto contra Manichaeos, quod SCHVLTINGIVS ^{p)} & CORNELIVS van BYNKERSHOEK ^{q)} nobis seruauerunt, *manem* turpissimae sectae auctorem otio seductum esse, aiunt, ut omnia diuina & humana haeresi infami corrumpere & perturbaret. Certe *infamiam facti* contrahunt otiosi illi, & secundum IVLIANVM *re* & *opinionem hominum* notam non effugiunt, qui inertes & vagi vitam luxu & desidia consumunt. l. 2. pr. D. de obseq. parent. & patron. Sed haec species infamiae continet *generale indicium* omnium omnino delictorum. Enim vero, si CAROLO V. obsequamur, inquisitio facillime decerni potest, si reus *male audiat*, wenn der Beschuldigte eine solche leichtfertige Person, so von bösen Leumuth und Gerüchte ist, zu der man sich der ihr begemessenen Missethat wohl versehen mag. Ord. crim. Carolin. art. XXV.

Igitur inertes otiosi, ob infamiam facti, qua laborant, suspecti in republica habentur, quod IVSTINIANVS etiam clare definiuit nou. 80. c. 5. qui segnitiam ad actus illicitos impellere affirmat. Sed, ut diximus, *generale* hoc est *indiciu* omnium delictorum, quod ad inquisitionem specialem & torturam non sufficit, nisi quid aliud accedat, quod ipse imperator luculenter exposuit. Ordin. crim. art. 27. Augetur autem generale illud indicium,

k) SENECA epist. 56.

l) OVID. I. remed. amor. vers. 139.

m) TERENCE.

heaut. act. I. scen. I. vers. 57.

n) Idem eunuch. act. 2. scen. 2. vers. 34.

o) QVINCTIL. inst. orat. VII. cap. 3.

p) Collatio LL. Mosaicarum

apud SCHVLTINGIVM in iurisprudencia anteiustiniana. tit. 15. §. 3. p. 787.

q) BYNKERSHOEK tom. II. in opuscul. de relig. peregrina p. 207 seq.

cium, maxime si *paupertas* accedat ad desidiosam inertiam. Hac enim, quamvis, praecipiente *VLPIANO*, *neminem suspectum* faciat *l. 8. D. de suspect. tut.* tamen vagos illos otiosos onerat, si luxuriose viuant, neque constet satis, unde luxus materia subministratur. *ord. crim. Carol. art. 43. n. 3.* Imo, quamvis diluatur illa suspicio, si quis repentinas istas diuitias, quarum fons occultatur, domi consumat vitamque timidam in solitudine & tugurio suo transigat, quod *REMVVS* ^{r)} recte observauit: tamen mirifice crescit, si quis noctu clanculum vagari soleat & constet de corpore delicti. Tunc enim torturae etiam locum facit imperator, maxime si de *furtis* & *latrocinis* quaeratur. So Reisige und Fußknechte gewöhnlich bey den Wirthen liegen und zehren, und nicht solche redliche Dienst, Handthierung oder Gült, die sie haben, anzeigen können, davon sie solche Zehrung ziemlich thun mögen, die sind argwöhnig und verdächtlich zu vielen bösen Sachen, und allermeist zu Räuberey, als sonderlich aus unserm und des Reichs gemeinen Landfrieden zu merken, darinn gesetzt ist, daß man solche Buben nicht leiden, sondern annehmen, und härtinglich fragen soll. *Ordin. crim. Carol. art. 39.*

Otium luxuriosum igitur, si post paupertatem repentinae diuitiae & vita luxuriosa, inprimis vaga, accedant, augent indicia furti & rapinae. Sed grauius onerant haec omnia *otiosos* illos, quando hi quidem antea tali vitae genere vsi sunt, quod *impetu* administratur & ferociam aliquam desiderat, ex qua facile *consuetudo* violentiae & crudelitatis contrahitur. Cum enim, vt antea probauimus, otiosi plerumque ad consuetudinem suam redeant, facile ex priori illa consuetudine etiam de latrocinis & reliquis delictis truculentioribus suspicamur. Hinc *militēs*, etiam *veterani*, inprimis otiosi, si neque rus colant neque aliquid honesti peragant, facilius creduntur latrocinis operam dare & aliis iniuriam facere, quamvis non constet de speciali corpore delicti. *l. 3. C. de veteranis.* *DIVVS* enim *HADRIANVS* & *ARRIVS MENANDER* ex segnitie & desidia militum argumentum & indicium accipiunt plurimum omnino delictorum. *l. 5. §. 6. D. de re milit.* Certe, si homines *conuocantur ad vim faciendam*, facillime parati sunt & conueniunt otiosi illi ferociae assueti, de quibus *SCAEVOLA* disputat. *l. 2. D. ad l. Iul. de vi priuata.* Ipsa enim turba, quae vim plerumque facit, est colluies hominum otiosorum, qui, signo dato, confestim confluunt & parati sunt ad rem vi & manu exequendam. *l. 4. §. 1. D. de vi bonor. rapt. l. 1. §. 29. D. de vi & vi armat.* Igitur otium luxuriosum hominum pauperum, qui materiam luxus repente acceperunt, in primis ferocium, maxime militum dimissorum, & coadunatorum, suspicionem parit furti, violentiae,

^{r)} *REMVVS* in paraphrasi *ordin. crim. ad art. 39. KRESS. ad hunc art. 39. ord. crim. CAROL.*

riæ, latrocinii & rapinæ. Hinc sapientissimis legibus Saxon. wider die gewaltsamen Einbrüche, auch Diebes- und Räuber- Rotten, dat. Dresd. 16. Sept. 1710. & alibi passim constitutum, ut eiusmodi homines *suspecti*, etiam de hac sola causa, an non societatem cum furibus & raptoribus inierint, ob sie nicht zu einer Diebes- und Räuber-Bande gehören, wie ihre Diebes-Cameraden heißen, und wo sie anzutreffen, sub tormentis quoque interrogentur, quamvis speciale corpus delicti nondum fuerit probatum. Cum enim frequentissimæ sint deprædationes & rapinæ, hæc ipsa frequentia efficit, ut constare videatur de corpore pelicti.

Ceterum iure communi multa in suspicionibus æstimandis arbitrio iudicis prudentis permittuntur. *Ordin. crim. Carol. art. 28.* Benignius ergo iudicabimus etiam de militibus otiosis, si corpore affecti sint & languidi & debilitati, qui hoc solo argumento facile effugient suspicionem rapinæ & latrocinii, quamvis omnia alia concurrant. Præterea in delictis, quæ *magnam diligentiam* & cautionem desiderant, commodius suspicionem diluent ferocia illa ingenia, quam in his, quæ *impetu* geruntur. ^{s)} *Suspectum* igitur est otium hominum inertium, cum *otii consuetudine* coniunctum, inprimis ferocium, et qui rebus vi et impetu gerendis assueti sunt. Hi igitur, si *coadunati* aut in locis suspectis atque ad excursiones faciendas accommodatis versentur, aut aliud quid rei illicitæ suscipiant, *otium damnosum* agere videntur, quo reipublicæ et omnibus bonis ius quaesitum et fructus securitatis extorquetur. Debuissent enim illi etiam innocentes, rempublicam molestiis suspicionis liberare, quæ reliquis ciuibz necessitatem imponit, ut omnia instrumenta ad vim prohibendam comparare et semper solcite circumspicere cogantur. Hoc intellexit VALERIUS ille apud T. LIVIVM, qui cum domum suam, in summo monte constitutam, Romanis suspectam esse cernebat, aedes non solum in planum detulit, sed etiam colli subiecit, ut ipsi, suspicionem et periculo liberati, *supra suspectum ciuem* habitarent. ^{t)}

Suspectum igitur otium fit *damnosum*, si reliquos ciues sollicitudine impleat. Sed tunc fere intolerabile censetur illud otium, si otiosi isti adiungant aliud quid rei illicitæ, ut, si iam vi et manu aliquid moliantur, si *mendicent*, quod legibus Saxonis simpliciter interdictum est, si alios ad vim faciendam conuocent, si aliquid rapiant aut latrocinentur, adeoque absoluant formam pleni et ordinarii delicti. Hoc ergo *otium damnosum in specie* appellamus.

§. VI.

Otium quando poenam.

Si non piguit, illa, quæ superioribus capitibus exposuimus, curatius expendere; iam non difficile fuerit, *de poena otii* iudicare. Expediuius, pri-

^{s)} KRESSIVS ad ord. crim. Art. 39.

^{t)} LIV. lib. II. cap. 7.

primam speciem otii, quam *pacem* seu *vacationem periculorum* et *molestia* mereatur, *di-*
rum appellauimus, vituperatione carere et animaduersioni locum non face *scrimen in-*
re, nisi in periculis communibus, ad quae prohibenda et amouenda, omnes, *ter principis*
quibus hoc imperatur, neglecto otio, concurrere tenentur, itemque in illis, *potestatem*
qui *munera publica* susceperunt, qui molestias & pericula, cum his muneribus *magi-*
coniuncta, otii & pacis studio effugere non debent, maxime in *stratus mu-*
militibus, qui *segnitiae crimen* contrahunt & capite plectuntur, quoties, simulato *nicipalis ius*
languore, pericula militiae declinant & officium facere recusant. l. 6. pr. *Wildfangia-*
& §. 5. D. de re milit. Deinde de otio necessario & calamitoso & de *tus, cur in*
omni illo, quo carere non possumus, aut quo, ad vires instaurandas, indi- *Germania*
gemus, comprobatum est, illud non solum poenam non mereri, sed etiam *otium da-*
fauiore dignum esse, in primis otium senum & infirmiorum, maxime, si il- *nosum se-*
lud honestum atque cum occupatione quadam & spe utilitatis sit coniunctum. *rius coërci-*
Porro etiam *liberum otium*, quamuis otiosum & iucundum, modo utile, *tum sit, gene-*
neque in consuetudinem otii conuersum fuerit, praecipue vero si honestum *ra poenarum*
sit, certissimam excusationem inuenire & interdum etiam laudari, demon- *quae in otio-*
stratum est. Postremo otium etiam innoxium ferri posse intelleximus, *fos constitu-*
quamuis delicatum & quodammodo luxuriosum, modo in prodigalitatem non *tae sunt.*
degeneret, neque ius quaesitum cuiquam extorqueatur. Extremo de otio
inerti & de consuetudine otianti exposuimus, quae species plerumque suspe-
cta est, & si quid rei illicitae accedat, etiam damnosa atque animaduersione
dignissima, ut respublica molestiis suspicionis liberetur bonisque omnibus
fructus securitatis plenissimus reddatur.

Igitur si de *poena otii* disputamus, in primis de otio *damnoso & suspecto*
dispiciendum est, quae species praecipue pertinent ad curam magistratus.
Et CONSTANTINVS quidem simpliciter veteranos otiosos, qui neque rus
colunt, neque aliquid honesti peragunt, sed latrociniis se dederunt, bene-
ficiis exiit & *poenis competentibus* subiecit. l. 3. C. de veter. Non multo
secius CAROLVS V., cum de hominibus otiosis & vagabundis edicit, gene-
raliter illos puniendos esse, ait: daß man solche Buben nicht leiden, sondern
annehmen, härtinglich fragen, und um ihre Mißhändel mit Ernst strafen soll,
ordin. crim. art. 39. quod repetitum est ex ordin. pacis profan. Vormar-
tiensis de an. 1521. in qua verbis expressis *poena* otiosorum hominum desi-
deratur. Videntur igitur & CONSTANTINVS & CAROLVS V. sine di-
scrimine otium & *suspectum & damnosum* pænae subijcere. Sed certius est,
CONSTANTINVM de otiosis, *qui latrociniis se dederunt*, id est, qui de
latrocinio commisso conuicti sunt, & CAROLVM V. de his qui præter
otium etiam *plenum delictum* sub tormentis confessi sunt, intelligendos esse,
quod ex coniunctione formularum härtinglich fragen, und um ihre Miß-
händel mit Ernst bestrafen, non obscure colligitur, cum non opus tortura,

si confestim puniri possent, & generaliter nemo ob solas suspiciones poena criminali afficiendus sit, quod ipse CAROLVS V. docet *ordin. crim. art. 22.*

Suspecti igitur, *iure communi*, torquentur duntaxat, sed, si in otio *damnofo in specie* sic dicto deprehensi plenum delictum commiserint aut in societate facinorosorum inuenti, seuerissime puniuntur pro modo cuiuslibet delicti. Refert autem, ut etiam de otio *suspecto duntaxat*, an, si nondum delictum plenum commissum est, poenam mereatur, videamus, Certius est, tunc demum puniri hoc otium suspectum, si *contumacia* accesserit & otiosi isti *admoniti* aliud vitæ genus non elegerint, neque excesserint ex prouincia iussu magistratus. *Solon* hoc discrimen admisit, ut tunc demum otiosos infamia notaret, si *ter admoniti* non mutauerint vitæ institutum. ^{u)} Eadem moderatione IUSTINIANVS vsus est, qui *pepercit* hominibus segnibus, & tunc demum, si *noluerint* laborem suscipere, illos vrbe eiecit. *nou. 80. cap. 5.*

Eandem rationem sequitur lex Saxonica sapientissima, wider die Bettlere und Landstreicher de an. 1715. quæ sæpius deinde repetita est, ut mendici extranei, si noluerint *admoniti* discedere, ad opus publicum damnentur, daß, wenn sie binnen der gesetzten Frist sich nicht hinweg begeben, sie mit Gewalt über und von unsern Gränzen fortgetrieben und abgehalten, auch daferne sie nach der Zeit sich wieder betreten lassen würden, mit der Strafe des Festungs-Baues oder Zuchthausens belegt werden sollen. Generaliter etiam mendici, si negligent coercionem, ergastulo, verberatione, mit dem Willkommen, virgis, carcere cum carena, labore grauiori & sordido compescendi sunt ex augustissimi legislatoris voluntate. Mandat wider das Bettelwesen, dat. Dreßden, d. 5. April. 1729. Denique omnes aduenæ otiosi, & omnis rustica soboles luxuriosa, ad locandas operas suas primo *exhortatione* quadam excitantur, zum Dienst-Annehmen zu ermahnen, priusquam mediis cogendi durioribus ad officium adducantur. Neue Gesinde-Ordn. tit. 1. §. 1. in *statutis Lubbenensibus art. 9.* vacatio octo dierum iuuenibus otiosis datur, intra quod spatium, si labores suscipere & operas præstare *admoniti* detrectent, vrbe continuo eiiciuntur.

Itaque in otio turpi, inertis & suspecto deprehensi, post contumaciam inprimis, puniuntur & prouinciis eiiciuntur. Ad hos enim pertinet, quod PAVLLVS atque VLPIANVS præceperunt, l. 3. & 13. D. de officio præf. officio boni præsidis conuenire, ut malis hominibus purgetur prouincia.

Sub

^{u)} POLLVX VIII. 6.

Sub malis hominibus etiam *suspectos*, & qui prouinciam metu & solitudine perturbant, intelligimus. Aperte enim addit VLP IANVS causam, cur præsides malis hominibus purgare prouinciam debeat, ut *pacata & quieta sit prouincia*, quam regit. d. l. 13. D. de offic. præs. Sed *quieta* esse non potest, nisi *suspecti* homines remoueantur.

Igitur si *contumacia* accedat, & neque laboribus se dare velint inertes illi otiosi, neque *emigrare*, ex prouinciis & urbibus eiiciuntur. Neque tamen illa *relegatio* aut *electio* semper malo huic mederi potest, nisi *omnium* prouinciarum rectores & principes vicini *inter se consentiant* de otiosis & suspectis hominibus remouendis & communi securitate facienda. Sensit hoc nostra *Germania*, in qua olim, si C. IVLIO CAESARI fides est, *latrocinia*, quæ fiebant *extra fines* cuiusque ciuitatis, *nullam infamiam* habebant. x) Auxerunt vero apud Germanos numerum inertium latronum variae omnino causae, inprimis *otium* post bella, cum Germani *militem perpetuum* non alerent, *manumissiones* seruorum, *opinio virtutis* ex facinoribus vi & impetu administratis, quæ multos ex nobilitate ad latrocinia & rapinas euocauit, *poena infamiae* cum relegatione ex prouincia, quæ poenæ, apud Germanos frequentissimæ, vicinos turba hominum inertium & improborum onerauerunt, *defectus ergastulorum* & viuariorum, in quibus illa animalia contineri & pasci potuissent, quod IO. PETRVS a LVDEWIG obseruauit: y) sed addi etiam possunt causæ plures inprimis *solitudines* & *syluæ*, z) *latibula latronum*, & *munitiones montium*, die Raub- und Berg- & Schlösser, accommodatæ ad excursions in proxima oppida, quæ a Germanis negligentius muniebantur, denique *separata territoria* multorum principum, diuersa consilia sequentium; quæ omnia efficiebant, ut fugari quidem & dissipari, non vero ut suffocari & extinguere posset colluies hominum facinorosorum & latronum. Neque enim ERIDERICI V. in otiosos & latrones nota seueritas, neque MAXIMILIANI I. diligentia, nec *pacis profanæ*, supra allegatæ, rigor, neque grauitas CAROLI V. in *ordinatione criminali* durissima supplicia minantis, *securitatem Germaniæ* in tanto statuum imperii numero & dissensu satis confirmabant. Negligebatur enim illud, quod vnicum & certissimum huic malo opponi potest remedium, necessitas alendi pauperes & compescendi otiosos cuiusuis ciuitatis, quæ singulis magistratibus imponi debuisset. Nisi enim pauperes & inertes a cuiusuis ciuitatis magistratibus alantur, eiici quidem possunt nebulones illi ex quibusdam prouinciis, sed aucti & cumulationes redeunt atque post exiguum

Y 2

x) IVL. CÆS. de bello Gall. lib. VI. c. 23. y) IO. PETR. a LVDEWIG. in comment. ad aur. bull. tit. I. tom. I. §. I. vom Geleit der Churfürsten. p. 77.
z) IVL. CÆSAR. de bello Gallico. lib. VI. c. 23.

guam moram prouincias denuo perturbant. Agnouerunt hoc imperatores VALENTINIANVS itemque ARCADIVS & HONORIVS, qui agricolas & censitos, maxime inerres, profugos & vagabundos, *in patriam remitti* voluerunt. *l. 6. 8. 14. C. de agric. & censit.* Agnouit hoc etiam IVSTINIANVS qui *nou. 80. cap. 5. in fine* otiosos & pigros in prouincias, *ex quibus egressi fuerant, remittendos* esse censuit. Denique & agnouerunt hoc Franci veteres & Germani, qui, quamuis res caruerit euentu, tamen lege publica, quam BEATVS RHENANVS ^{a)} exhibuit, conceptis verbis constituerunt: *Mendici vagari per regiones non permittuntur. Suos pauperes quaelibet ciuitas alito.* Denique hoc demum remedio inprimis securitatem patriae nostrae restituit *agustissimus legislator Saxo*, qui abscisse quamlibet ciuitatem iussit pauperes suos alere, & mendicos extraneos ad *domicilii pristini aut originis forum* remitti. v. Mandat. wider das Bettel-Wesen dat. Dresden, d. 5. April. 1729. cap. I. §. 1. 7. 11. et cap. 2. §. 1. seqq.

Neque tutius igitur, neque commodius malo illi, quod ab hominibus otiosis imminet, medemur, quam si quaelibet ciuitas alat suos pauperes, et si mendici, denegato ipsis hospitio, in patriam, ex qua egressi sunt, confestim remittantur. Sed, *unde ali* et quomodo compesci debeant otiosi illi a magistratibus, difficilior disputatio est. *Ergastula, triremes* et opus publicum commendat PETRVS GREGORIUS THOLOZANVS, ^{b)} itemque AHASVERVS FRITSCHIVS ^{c)} et KRAVSOLDVS; ^{d)} sed longe ante illos IVSTINIANVS, ad *opus publicum*, ad *ministeria panificantium* et *hortos colentium* illos otiosos ablegandos esse, praecepit, *nou. 8. c. 5.* Sed inprimis tam Pisistratus ^{e)} apud Athenienses, quam Romani otiosos illos *rus colere* iusserunt, maxime veteranos milites, honeste missos, *l. 3. C. de veteran.* unde lites de *lege agraria* in republica Romana, de qua M. TVLLIVS disputat, ^{f)} et forsitan timores illius rustici apud VIRGILIUM MARONEM orti sunt: ^{g)}

Impius hæc tam culta noualia miles habebit?

Barbarus has segetes? — — —

Imo vero idem, quem antea laudauimus, IVSTINIANVS *mendicantes validos ad colonatum perpetuum* damnauit. *l. vn. C. de mendicant. validis.*

^{a)} BEATVS RHENANVS II. rerum germ. lib. XXII. cap. 7. in fin.

^{c)} AHASV. FRITSCHIVS in senator. peccant. conclus. XXIV.

^{d)} KRAVSOLDVS de miraculis & egregiis vsibus S. Raspi p. 99 seq.

^{e)} ÆLIAN. IX. var. hist. 25.

^{f)} CIC. in orat. de l. agrar.

^{g)} VIRGIL. ecl. 1. vers. 20.

dis. Apud nos quidem mendici illi otiosi, artibus validis instructi, *militia inferiore*, quam auersantur, compesci possunt: sie sollen an die Militz abgeben werden, quod lege Saxonica cautum est. Mandat. wider das Bettelwesen dat. Dresden, d. 5. Apr. 1729. cap. I. §. 8.

Verum, haec quidem contra otiosos remedia non semper sunt in potestate *magistratum municipalium*, sed ad securitatem *totius prouinciæ* et *principis curam* maxime pertinent, qui etiam magistratibus inferioribus, sed vniuersis, hanc curam mandare potest, vt hi quidem, quasi conspiratione facta, colluuiem infamem et pestem generis humani opprimant et suffocent. Romani *præsidibus prouinciæ l. 3. D. de offic. præf. et rectoribus ciuitatum l. vn. C. de mendicant. valid. nou. 80. cap. 5.* hanc curam delegarunt, cum *totarum prouinciarum* salus illa contra otiosos seueritate maxime contineatur.

Igitur laxior in his omnibus est summi principis potestas, quæ *in omnes ciues* extenditur. Hic enim opus publicum et ergastula prouincialia instituere potest et magistratus municipales vniuersos adigere, vt mutua ope otiosos illos conquirant et coërceant hic denique *pruilegio odioso* in otium etiam luxuriosum & innoxium, si quis illo abutatur, animaduertere, vtque otiosi homines ad negotia maxime necessaria adhibeantur, prouidere potest, quæ omnia sine principis auctoritate frustra a magistratibus municipalibus susciperentur. Hæc cum ita sint, sapientissime legibus Saxonis electoralibus cauetur, vt magistratus municipales, si qua magna difficultas circa homines otiosos occurrat, ad *AVGVSTISSIMUM principem* seu *regimen aulicum* de illa causa referant & iussum Principis de eo, quod publice expediat, expectent. Mandat wider das Bettelwesen dat. Dresden, d. 5. Apr. 1726. cap. I. §. 2. 11. 16. cap. II. §. 8.

Hæc igitur cognitio ad omnes principes pertinet, qui superioritate territoriali prouincias suas regunt. Sed haut paulo secius iudicandum est de iure *WILDFANGIATVS*, quod serenissimo pr. electori Palatino ad Rhenum ab imperatoribus clementissime concessum & Laudo Heilsbronnensi die 17. Febr. 1667. confirmatum est. Hoc enim omnino singulares rationes habet, cum etiam extra territorium electoris Palatini ad terras proxime adiacentes porrigatur, neque ad homines otiosos duntaxat coërcendos, sed etiam ad fisci commoda referatur. Omnes enim spurii & otiosi, quos dominus legitimus *intra annum* non persequitur, singulari præscriptionis iure, quo verus dominus post annum repellitur, colonatui perpetuo addicuntur &, inter alia, pecuniam, den *Sahe-Gulden*, soluere coguntur, quod legibus

Fasc. VIII. Z bus

bus publicis & transactionibus definitum est. ^{h)} Probabilis est IO. PETRI
a LVDEWIG coniectura, hoc ius inprimis propter *commoda ærarii* intro-
ductum ab imperatoribus, cum prouinciæ illæ, in quibus hoc ius obtinet,
olim ad ærarium imperatorum, zu derer Kayser, Tafel, Gütern pertine-
rent, ideoque imperatorum interesset, has prouincias colonis & nouis ciui-
bus augeri. ⁱ⁾

Accepisti pleraque remedia, quibus otium & damnosum coërcetur; sed
sunt etiam plures poenæ leuiiores, de quibus supra passim tradidimus. Ve-
terani enim negligentes & otiosi etiam *beneficiis* exuuntur. l. 3. C. de veteran.
Pauperes, qui luxu & otio bona sua dissiparunt, beneficiis pauperum ex-
cluduntur, &, si creditores suos hac ratione deceperint, insigni infamia
notantur, quod supra C. III. in fin. ex legibus Saxonice a nobis compraba-
tum est. Otium iners rusticorum, operas locare detrectantium, mulcta
vnius floreni menstrui, monatlich mit einem Gilden Strafe, in Saxonia
electorali coërceri solet. Neue Gesinde-Ordnung dat. Warschau d. 16. Iul.
1735. tit. I. §. 1. Mulctæ etiam carcer aut opus publicum per dies ali-
quod substituitur, sie sollen mit Gefängniß bey Wasser und Brodt oder et-
liche Tag lang mit Hand-Arbeit belegt werden, dicto mandato regio
d. 16. Iul. 1735. Tit. 1. §. 1. quod etiam in Lusatia inferiori legibus pro-
vincialibus introductum est, reuidirte Landes-Ordnung in dem Marggraf-
thum Nieder-Lausitz, d. an. 1669. tit. 8. §. 6. Ceterum generaliter per
otium desidiosum *infamia facti* contrahitur, quæ otiosos etiam a futuris ho-
noribus, donec ad frugem redeant, excludit, quod supra p. 27. a nobis ob-
seruatum est. Et hoc quidem iure utimur in *otio damnofo* & suspecto
coërcendo.

^{h)} V. LONDORF. in contin. act. publ. Imp. lib. X. c. 126. & HILDEBR. de iure
Wildfangiat. ⁱ⁾ ALVDEWIG. in comment. ad aur. bullam. tit. 27.
tom. 2. §. 1. p. 553.



Crell, Christoph Ludwig, 1703-1758 [Sonstige]

Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm Fascicvlvs ...

Bd.: Fascicvlvs VIII.

Halae ad Salam 1777

4 Diss. 5010-7/9

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11122900-1

VD18 90544315